



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO ÚNICO
BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO**

Rosilene Antônia Dias Weissheimer

Lajeado, junho de 2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO ÚNICO
BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO**

Rosilene Antônia Dias Weissheimer

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Ms. Renato Luiz Hilgert.

Lajeado, junho de 2009



Agradeço ao Senhor Jesus Cristo, por ter estado comigo todos os dias dando-me sabedoria e inteligência para realizar este trabalho.

Sem Ele, não teria chegado até aqui.

Agradeço a minha mãe Odila, pessoa a quem muito amo, admiro e devo. É, certamente, a única pessoa pela qual morreria. É meu suporte.

Agradeço, com carinho, ao ilustre professor Renato Luiz Hilgert, meu mestre e orientador, por toda atenção despendida.

Agradeço, sobretudo, por ter acreditado em mim.

Agradeço a todos os meus amigos que contribuíram de alguma forma.

Contudo, agradeço, em especial, ao meu amigo Gabriel Marasca, por ter estado firme ao meu lado, durante esta trajetória, nos momentos em que mais precisei.



“A pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial.”

Pietro Perlingieri

RESUMO

A monografia busca elucidar a questão no tocante à (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício. Como cediço, atualmente, a fiança é a forma de garantia mais utilizada e solicitada pelo mercado imobiliário dentre as modalidades de garantias existentes. Seus efeitos, entretanto, têm ocasionado sérios prejuízos para o fiador, o qual tem arcado com ônus bem além do previsto para quem apenas assegurou um contrato acessório, de caráter subsidiário, se comparado com o contrato principal de locação. Por conseguinte, sendo o encargo muito além do previsto no que diz respeito à responsabilidade do próprio afiançado-locatário, tem acarretado ele, inclusive, a penhora do único bem imóvel que possui o fiador, visando a satisfazer o direito de crédito do locador, decorrente de obrigações contratuais convencionadas. Todavia, com o advento da Emenda Constitucional 26/2000, a qual introduziu o direito à moradia ao rol dos direitos sociais, ora previstos no artigo 6º da Constituição, tornou-se a questão controversa a respeito da exceção capitulada no inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, o qual veio a permitir a penhora do único bem de família do fiador, decorrente de contrato locatício. Nesse impasse, duas correntes doutrinárias lançaram suas teses, a partir de um enfoque constitucional, com o intuito de apontar qual caminho a ser seguido e, por consequência, acabar com o conflito em debate. Manifestaram-se a respeito os Tribunais e, muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal se posicionado a favor da penhora, a matéria continua em discussão, visto que decisões em sentido contrário de Tribunais de instâncias inferiores terem se manifestado pela impenhorabilidade.

Palavras-chave: FIADOR LOCATÍCIO – DIREITO À MORADIA – BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2 DIREITO DE MORADIA E BEM DE FAMÍLIA.....	11
2.1 A evolução histórica da família.....	11
2.1.1 Origem e formação da família.....	11
2.1.2 Conceito e definição do instituto da família.....	16
2.2 O direito à moradia.....	21
2.2.1 Breves comentários à cerca dos Direitos Humanos Fundamentais.....	21
2.2.2 Desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais: as dimensões de direitos.....	23
2.2.3 A evolução dos direitos (fundamentais) sociais e o reconhecimento do direito à moradia.....	27
2.2.4 O direito à moradia como garantia de patrimônio mínimo.....	35
2.3 O bem de família.....	42
2.3.1 Evolução histórica do bem de família.....	42
2.3.2 Conceito e definição do instituto do bem de família.....	44

2.3.3 A implantação do instituto do bem de família.....	46
2.3.4 Espécies de bem de família: Voluntário e Legal.....	50
3 LEI DO INQUILINATO: CONTRATO LOCATÍCIO E FIANÇA.....	55
3.1 O contrato de locação e a fiança locatícia.....	55
3.1.1 Do direito das obrigações à teoria geral dos contratos.....	55
3.1.2 Dos contratos em espécie: o contrato de locação.....	67
3.1.3 As garantias do contrato locatício.....	70
3.1.4 O contrato de fiança e a figura do fiador.....	75
3.1.5 A função social dos contratos e a garantia do patrimônio mínimo.....	81
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO ÚNICO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO.....	85
4.1 A (in)constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.....	85
4.1.1 A constitucionalidade condicionada do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.....	85
4.1.2 Entendimentos do STF e decisões divergentes.....	90
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS.....	112

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas últimas décadas, em especial nos países desenvolvidos, o problema de acesso à moradia tem-se agravado, provocando intensos debates entre estudiosos de diferentes áreas, como sociólogos, governantes e, como não se pode esquecer, pensadores do Direito. No Brasil, o problema do *déficit* habitacional não é novidade, pois já no Século XX a crise no setor de moradia assumia dimensões muito elevadas. Diante de tal dilema, a possibilidade de acesso à moradia passou a ser tratada pelo Poder Público não apenas como concretização do direito de habitação, mas, sobretudo, como forma de garantir a ordem, a moral e os bons costumes.

A essencialidade do direito à moradia, para o desenvolvimento humano, não pode ser rechaçada em função de divergências doutrinárias e até jurisprudenciais quanto à sua natureza jurídica – se integra ou não o rol de direitos fundamentais –, porquanto tal direito é pressuposto para a realização de outros valores fundamentais, tais como: a vida, a privacidade, a saúde e o exercício da cidadania. Nessa linha de pensamento, Eliane Maria Barreiros Aina (2002), apregoa que “*a moradia é uma necessidade premente de todo o ser humano. Todos precisamos de um local para nos abrigarmos das intempéries, descansarmos de nossa labuta, abrigarmos nossa família (...)*”.

Desta feita, a locação de imóveis tornou-se um fato social de enorme relevância em nosso país, em razão, repisa-se, de grande parte da população não ter acesso ao que comumente chamamos de “casa própria”. Necessitando morar e sem meios de tornar-se proprietário de um imóvel, a solução mais viável apresenta-se através da locação, pois os recursos requeridos para locar um imóvel são

infinitamente inferiores aos necessários para adquirir uma moradia. Em consequência da relevância dessa matéria, o tema “locação” ou “inquilinato” foi objeto de inúmeras e sucessivas leis, de maneira que nasceram as legislações intervencionistas, através das quais o Estado passou a ditar grande parte das condições do contrato de locação, restringindo de forma profunda a liberdade contratual e mitigando a autonomia da vontade.

Nesse diapasão, com a edição da Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, Lei 8.009/90, ocorreu uma maior amplitude do instituto do bem de família e, por consequência, intensificou-se a proteção ao direito à moradia em relação ao direito de crédito. Generalizou, pois, a proteção à propriedade que é utilizada como moradia da família, não podendo esta ser excutida para solver débitos. Dessa forma, pode-se dizer que, tanto a lei inquilinária, Lei 8.245/91, quanto à lei da impenhorabilidade do bem de família, constituem-se em exemplos de legislação infraconstitucional que realizam e dão concretude ao direito fundamental à moradia. Todavia, um ponto nevrálgico de divergência surgiu entre estes dois sistemas, ocasionando o que pode-se chamar de incoerência jurídica. Este ponto de conflito reside, precisamente, no fiador proprietário de bem de família, uma vez que a legislação inquilinária afastou da proteção da lei de impenhorabilidade seu bem imóvel, ainda que tivesse apenas um.

Assim, o fiador da relação locatícia perdeu a proteção ao seu direito à moradia, de modo que a investigação, objeto destas considerações iniciais, busca, também, averiguar se há compatibilidade entre essa exceção legal e os objetivos e princípios traçados pela Constituição da República, isto é, se é possível sacrificar o direito humano fundamental à moradia do fiador ou, ainda, se existe justificativa para este sacrifício.

Interessante observar, ainda, que quando se pensa em direito à moradia, é comum fazer-se uma conexão com o direito de propriedade, posto ser este, sob o aspecto instrumental, o meio de atingir a plenitude do direito à moradia. Nesse contexto, encaixa-se o objeto do presente trabalho, o qual tem como escopo a defesa do bem de família do fiador, proprietário de único bem imóvel que, em um ato de liberalidade (generosidade), assume o encargo de garantir o contrato de locação. Em consequência, não raro, se vê muitas vezes envolvido em processo de execução, por meio do qual seu abrigo seguro e sagrado é objeto de constrição judicial para pagamento de débitos de aluguéis não quitados pelo seu afiançado (o

locatário).

Assim, a idéia de desenvolver o presente tema originou-se, inicialmente, do profundo sentimento de injustiça que desperta a situação do fiador privado de sua moradia em razão do débito de outrem. A vítima dessa situação, ou seja, a pessoa que afiançou, traz no seu olhar o desespero acompanhado da incompreensão do motivo de estar sendo penalizado, quando sua única intenção foi ajudar um amigo e, principalmente, de estar sendo tão duramente castigado, pois será privado de seu maior bem – o seu lar.

Nessa perspectiva, não se pode esquecer que, atualmente, o bem de família possui íntima ligação com a idéia de patrimônio mínimo e com o direito humano fundamental à moradia, ambos corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Deste modo, se propugna uma nova interpretação da norma inserta no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, que admite a penhora do único bem do fiador.

Para realizar tal mister, adotar-se-á o método dedutivo, o qual segundo Mezzaroba e Monteiro (2004), parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Desta maneira, iniciando pelo estudo do direito de moradia e do bem de família, passando pela análise da Lei do Inquilinato, para descrever aspectos conceituais a respeito da (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício, se tentará chegar, fundamentadamente em argumentos específicos, a uma conclusão de qual caminho resulte possível ser seguido. Em relação à abordagem, a pesquisa será qualitativa, pois trabalhará com o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado, que será referente à (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício. Além disso, a pesquisa será eminentemente teórica, haja vista que irá trabalhar com um arsenal bibliográfico para se aproximar do problema, a fim de sustentar a abordagem do objeto. Como fontes de pesquisa, merecem relevo: a normativa constitucional (consubstanciada na Constituição Federal de 1988) e a infraconstitucional, a doutrina multidisciplinar, e, basicamente, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros: o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Estaduais.

Quanto à relevância do tema, é indiscutível a sua importância, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico-sociológico, porquanto o acesso à moradia é um

problema real e constante no cotidiano brasileiro, o que torna imperioso o desenvolvimento deste trabalho acadêmico, com o efetivo objetivo de estudar caminhos viáveis para dar concretude ao direito humano fundamental a um teto. No caso presente, considera-se crucial problematizar a questão da penhora do bem de família do fiador, proprietário de único bem imóvel.

Nessa ordem de raciocínio, o trabalho será dividido em três capítulos, cada qual com subtítulos, que variam em número de acordo com o tema em tela.

Atinente ao primeiro capítulo, introduz o tema, objetivando descrever aspectos relevantes em relação ao direito à moradia e ao bem de família. Conta a evolução histórica da família, para, em seguida, avançar ao próximo ponto, qual seja, o direito à moradia. Busca-se, na medida que se adentrar no tema, apresentar a importância deste direito humano fundamental de segunda dimensão, um direito social por excelência, ora introduzido em nosso ordenamento jurídico – ainda em que pese, há muito constar em nosso ordenamento de forma implícita – pela Emenda Constitucional 26/2000, ao artigo 6º da Constituição Federal, além de seus demais aspectos e implicações. Em relação ao instituto do bem de família, intenciona-se conceituá-lo, bem como dar noções preliminares, mormente no que diz respeito às suas espécies, quais sejam, a legal e a voluntária.

O segundo capítulo, igualmente introdutório quanto à questão de fundo, objetiva identificar as principais características do contrato de locação, as modalidades que o garantem e, sobretudo, o contrato acessório, qual seja, o de fiança. O escopo é delinear alguns conceitos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, abordará o tema de fundo, ora preliminarmente projetado pelos dois primeiros capítulos, isto é, a questão referente à possibilidade, ou não, da (in)constitucionalidade de penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício. O derradeiro capítulo procurará delinear possível solução diante do cenário que se apresenta – em considerando as manifestações das decisões divergentes dos Tribunais – no tocante à exceção capitulada no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

2 DIREITO DE MORADIA E BEM DE FAMÍLIA

2.1 A evolução histórica da família

2.1.1 Origem e formação da família

Desde os primórdios, a instituição da família se fez presente. Talvez não da maneira como a conhecemos atualmente, haja vista sua constituição ter evoluído ao longo do tempo. Contudo, foi a única instituição que, efetivamente, resistiu à passagem dos séculos.

Segundo Friedrich Engels (1987), com o intuito de compreender como o homem evoluiu e formou a família, três épocas principais destacaram-se até que o homem chegasse ao estado da civilização. Num primeiro momento, no *estado selvagem*, os homens viviam em árvores, morada que os protegiam de feras. Nesse período, comiam somente frutos e raízes e, mais tarde, também peixes e outros animais marinhos. Este “avanço” na alimentação, tornou o homem independente do clima e da localidade onde vivia e havia estabelecido para seu grupo, pois o impulsionou a seguir o curso do rio e, por conseguinte, a espalhar-se pela terra vindo a povoar novos lugares.

No entanto, a etapa anterior somente foi transposta, graças, não somente ao uso e posse do fogo obtido pelo atrito, mas, sobretudo, pelo início da formação da linguagem articulada. É durante esta etapa que inventam-se as primeiras armas, como a clava e a lança, toscos instrumentos de pedra sem polimento, característico do período paleolítico, para, mais tarde, vir a ser criado o arco e a flecha. De posse de tais armas, o homem passou a caçar e o produto da caça passou a ser um

alimento regular, vindo esta atividade a se tornar uma ocupação costumeira. Nesse ínterim, percebeu-se que as faculdades do homem começavam a se desenvolver na medida em que, de posse do fogo e do machado de pedra, construía pirogas, fazia vigas para edificação de casas etc, mostrando indícios e intenção em querer estabelecer residência fixa (caráter este distintivo do período neolítico) (ENGELS, 1987).

O estágio seguinte, o *estado de barbárie*, representou uma evolução mais significativa, caracterizando-se pela introdução da cerâmica a qual nasceu com o costume de cobrir vasos de madeira com argila. Em seguida, passa-se à fundição dos minérios de ferro até alcançar a fase final, o *estado da civilização*, com a invenção da escrita alfabética. É neste período que o homem começa a criar e domesticar animais, bem como a cultivar plantas. Em seguida, com a derrubada de bosques e sua transformação em pastagens, inaugura-se o princípio da agricultura, na medida em que o homem passa ao cultivo do campo com o intuito de lavrar a terra em grande escala, o que foi possível com o arado de ferro puxado por animais, da pá e do machado de ferro. Consequentemente, ocorreu um rápido aumento da população que se foi instalando em pequenas áreas (ENGELS, 1987).

Percebe-se assim que, através da evolução contínua de um estado para o outro, o homem não somente estabeleceu “raízes” em um local específico a fim de fixar residência, mas foi constituindo grupos, os quais foram evoluindo e se desenvolvendo até diminuir substancialmente o número de seus componentes, de maneira a compor a família tal qual hoje conhecemos, a família monogâmica, individual, nuclear, restrita a um número “limitado” de pessoas.

Por conseguinte, consoante Engels (1987), que retrata o trabalho cognitivo de Lewis Henry Morgan, houve três tipos de família, onde a primeira noção consubstanciava-se na consanguinidade. Nesta fase, irmãos e irmãs podiam ter relações carnais, proibindo-se, entretanto, tal feito entre pais e filhos. Já na segunda fase, denominada punaluana, tais relações entre irmãos tornam-se proibidas e, por corolário, começa-se a definir-se os graus de parentesco. A terceira, denominada de família sindiásmica, era aquela onde o homem passa a viver com uma única mulher. Ressalta-se, todavia, que, enquanto para o homem permaneceu o direito de exercer a poligamia e a infidelidade, para a mulher passou-se a exigir a fidelidade, sendo o adultério punido com rigor. Por fim, a forma de família, tal como hoje a conhecemos, é a monogâmica, que, embora fosse semelhante à família sindiásmica, se

diferenciava no tocante a solidez dos laços conjugais, muito mais rígidos, cabendo somente ao homem o direito de rompê-los. Importa dizer que a monogamia não apareceu na História como uma reconciliação entre homem e mulher, mas, pelo contrário, surgiu como a forma de escravidão de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorados, até então, na pré-história, argumenta Engels.

Conclui-se, portanto, conforme o exposto, que, inicialmente, a família se compunha por grupos de famílias que se consideravam descendentes de um mesmo tronco ancestral, um clã, constituída por um grande número de pessoas. Desta feita, repisa-se, originou-se, também, a família sindiásmica, na qual o regime de matrimônio era por grupos, em que o homem tinha uma mulher principal entre suas numerosas esposas.

Azevedo (1974), repudia esta tese, salientando que alguns doutrinadores entendem que a família assenta seus fundamentos sobre o sistema poligâmico, onde um indivíduo possui muitos cônjuges ao mesmo tempo. Por conseguinte, originou tanto a poliginia (um homem com várias mulheres, direcionando o modelo de organização da família sob a forma do patriarcado), quanto à poliandria (uma mulher com vários homens, organizando, por sua vez, a família sob o tipo matriarcal). Entretanto, assiste mais razão ao pensar que tenha sido o homem, nos primevos, polígamo e polígino, isto é, um homem com várias mulheres e sua prole. Tal conclusão decorre não apenas da vasta literatura acerca do predomínio da vontade masculina e consequente subjugação feminina, mas principalmente pelo fato que, no início, a família formou-se sob a base do patriarcado, primeiramente polígamo, para mais tarde se tornar monógamo.

Nessa senda, comunga da mesma opinião Pereira (2004), ao relatar a ocorrência de uma possível promiscuidade no começo dos tempos, defendida por Mac Lennan e Morgan, em que todas as mulheres pertenciam a todos os homens. Segundo o autor, foi nessa linha de promiscuidade que se inscreveu o tipo familiar poliândrico, em que se ressaltava a presença de vários homens para uma só mulher, bem como o matrimônio por grupo, caracterizado pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens. Assim, em um dado momento, a família passou de patriarcal para matriarcal, todavia, exclusivamente na eventual ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça, quando então, havia subordinação dos filhos à autoridade materna.

Contudo, uma vez na presença dos homens, era a autoridade paterna que se impunha. Tanto o é que povos que cultuavam deusas e seguiam costumes matriarcais foram, com o tempo, dizimados ou subjugados, prevalecendo os costumes do sistema patriarcal, a exemplo das religiões monoteístas que adoravam a um único deus, na figura de um homem, por certo, e as quais se identificavam com tais regras (PRADO, 1984).

Assim, relativamente à evolução e formação da família, nos primeiros tempos, conclui-se ter esta, estado sempre presente, e, formada, inicialmente, por muitos componentes.

Ainda, quanto à formação e evolução da família, alguns autores procuram contar sua origem através de uma narrativa mitológica, como no caso, por exemplo, da lenda da fundação de Roma. Isto se dá não somente por considerar o modelo da família romana como norte em relação à constituição da família mas, sobretudo, por este mesmo modelo ter direcionado a civilização ocidental. Segundo a lenda, a fundação de Roma, quando da primeira fixação no local, teria contado com cerca de 100 *gens* latinas reunidas em uma tribo, vindo, posteriormente, a reunirem-se com outras demais *gens*. Uma vez formada, a *gens* romana se constituía de determinadas características e direitos atinentes àqueles que a compunham: havia posse de um lugar coletivo para os mortos, solenidades religiosas em comum, obrigação dos membros da *gens* de se ajudarem mutuamente. O direito de herança era concedido, mas a propriedade permanecia na *gens* e, dada a vigência do direito paterno, os descendentes por linha feminina eram excluídos de plano da herança. O direito de adotar estranhos na *gens* era respeitado, bem como o direito de eleger e depor seus chefes (ENGELS, 1987).

Para Jenny Magnani de O. Nogueira, na obra organizada por Antônio Carlos Wolkmer (2004), baseada em *A Cidade Antiga* de Fustel de Coulanges, o princípio formador da família e de todas as demais instituições na antiguidade, teria sido a religião primitiva, constituída por diversas crenças. Naquele tempo, o que unia os membros da família antiga não era o nascimento ou sentimento, mas o culto aos antepassados e ao fogo sagrado, que somente deixava de arder, quando a família inteira houvesse se extinguido. Coulanges diz:

A origem da família antiga não está unicamente na geração. A prova disso temos no fato de a irmã na família não igualar seu irmão, no filho emancipado ou a filha casada deixarem completamente de fazer parte dela (...). O esteio da família não o encontramos tão pouco no afeto natural. O

direito grego como o direito romano não tinham em conta este sentimento. Este podia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era. (...) O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento: o sentimento ou a força; na religião do lar e dos antepassados se encontrava esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim, associação religiosa, mais que associação natural. (...) Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras (...) A família era um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados. (COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 36 e 37)

Nesse passo e pelo exposto, infere-se que a família era mais uma associação religiosa do que uma associação natural, haja vista que o critério não era a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias* o qual era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Era o *pater* quem comandava, oficiava o culto aos deuses domésticos e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, podendo impor-lhes penas corporais, vendê-los ou tirar-lhes a vida. A mulher vivia subordinada à autoridade marital, nunca adquirindo autonomia, uma vez que passava da condição de filha à de esposa. Além disso, somente o *pater* adquiria bens, vindo a exercer poder, não somente sobre o patrimônio familiar, mas, como dito anteriormente, sobre a pessoa dos filhos e da mulher. Entretanto, com o tempo, arrefeceram-se tais regras, visto que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos. No Brasil, a organização patriarcal vigorou por todo século XX, não apenas no direito, mas mormente nos costumes, onde o pai, como um *pater* romano, exercia autoridade plena sobre os filhos que nada faziam sem a sua permissão (PEREIRA, 2004).

O poder paterno era tal que se tornou uma das peças fundamentais para se entender a antiga concepção da família, da autoridade, da herança e, principalmente, da propriedade. A idéia da propriedade privada fazia parte da própria religião, pois determinava que cada família deveria ter seu lar, visto que, tendo esta seus deuses e seu culto, conseqüentemente deveria, também, ter seu lugar na terra. Assim, a propriedade, não individual, mas da família como um todo, e um lugar onde os seus antepassados repousavam e passavam a ser considerados como deuses, transformava o solo da família em propriedade inalienável e imprescritível (WOLKMER, 2004).

De acordo com Wolkmer (2004), é neste sentido que a lei primitiva da propriedade e das sucessões teve, em grande, parte sua origem na família e nos

procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos, sobretudo no tocante às crenças, eis que o caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitia que os sacerdotes-legisladores fossem os primeiros intérpretes e executores das leis.

Assim, uma vez conjugada a família, que inicialmente era organizada sob a direção do *pater*, característica das sociedades primitivas, ela reunia todos os descendentes de um tronco ancestral comum, unificada em função do culto religioso bem como de fins políticos e econômicos, de modo a se tornar célula-master da organização social (BITTAR, 1993).

2.1.2 Conceito e definição do instituto da família

Superada a pretensa narrativa histórica no tocante à evolução e à formação e constituição da família, mister conceituá-la. Assim, inicialmente, recorre-se à etimologia e significado da palavra.

Etimologicamente, o termo “família” origina-se do latim “*fâmulus*” que significa conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. Entre os chamados dependentes, incluíam-se a esposa e os filhos, de maneira que a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus *fâmulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos (PRADO, 1984).

Atinente à acepção da palavra, de acordo com Prado (1984), no sentido popular e nos dicionários, significa pessoas aparentadas que vivem em geral na mesma casa, particularmente, com o pai, a mãe e os filhos, ou, ainda, pessoas do mesmo sangue, da mesma ascendência, linhagem, estirpe ou admitidos por adoção. Outros autores comungam da mesma definição no tocante ao significado do termo, definindo a família como o conjunto de pai, mãe e filhos; de pessoas do mesmo sangue, descendência e linhagem (BUENO, 2007), ou, mais precisamente como

o grupo de pessoas que descendem, por consanguinidade, de um tronco ancestral comum e que usam o mesmo patronímico, originário de antepassados próximos ou remotos. É o conjunto doméstico formado pelo marido, a mulher e os filhos do casal ou filhos por adoção. Pelo novo Código Civil, a família abrange unidades familiares formadas por casamento, união estável ou comunidade de qualquer genitor ou descendente (PAULO, Antônio de. Pequeno dicionário jurídico. ed. Editora DP&A: Rio de Janeiro, 2002, pg. 137).

De fato, no que diz respeito aos tipos de família, muito embora a mais conhecida seja aquela composta por pai, mãe e filhos, nomeadamente conhecida como família nuclear, subsistem outras formas como exemplifica Antônio de Paulo (2002). Ao mais, distingui-se igualmente em dois gêneros: a família de origem, originada por nossos pais, e, a família de reprodução, formada pela união de dois indivíduos e os filhos decorrentes deste enlace (PRADO, 1984).

Todavia, segundo Pereira (2004), conceituar a família exige certo cuidado dada sua diversificação, na medida que, na largueza desta noção, a figura da *gens* romana predomina: leva-se em consideração não somente o cônjuge, mas os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). No sentido genérico e biológico considera-se esta, como outrora dito, o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, compreendendo os parentes em linha reta (ascendentes e descendentes), e estendendo-se aos colaterais. Ulteriormente contudo, sob a influência da lei da evolução, embora durante séculos tenha sido um organismo extenso e hierarquizado, a família retraiu-se apenas ao grupo formado pelos pais e filhos.

Importa ainda ressaltar que, sem dúvida, a família romana foi o modelo padrão no tipo institucional desse organismo no ocidente. Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade, sobretudo ao *pater*, e abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. Somente a partir do século IV sob o comando do imperador Constantino, instala-se no direito romano a concepção de família cristã, na qual as preocupações de ordem moral predominavam, sob a inspiração do espírito de caridade. Com base nisto, tornou-se a instituição mais sólida desde os princípios da era cristã, reforçada em sua antiga forma patriarcal e pelas religiões ocidentais (PEREIRA, 2004).

Em sua evolução pós-romana, a família recebeu contribuição do direito germânico, vindo a assumir o modelo tal qual é hoje e assumir cunho sacramental, consagrando ao final, a idéia de Fustel de Coulanges ao concluir que a família era organizada não somente em razão dos seus, mas em função da idéia religiosa.

No entanto, outras características advindas do direito moderno vieram a revestir a instituição da família na medida em que substituiu a organização autocrática por uma organização democrática-afetiva, deslocando sua constituição

do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor.

Nesse ínterim, consoante Pereira (2004), os pais passaram a exercer o *poder familiar*, de modo a tanto o pai quanto a mãe participar na educação e orientação dos filhos, disciplinando seu espírito na aquisição de bons hábitos influentes, mais tarde, na própria sociedade. Ainda, no desenvolvimento do conceito de família, não mais se comportava a classificação preconceituosa ligada à classificação dos filhos em adotados ou em “legítimos” ou “ilegítimos” que, por metonímia, distinguia à família “legítima”, a qual tinha por base o casamento, da “ilegítima”, originada das relações extramatrimoniais.

Quanto à expressão “poder marital”, no caso brasileiro, já se considerava a mesma um eufemismo vazio, desde a promulgação do texto constitucional de 1988, o qual equiparou direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais e a mulher passou a compartilhar da administração do lar, repartindo com o marido decisões e responsabilidades. Além disso, o grupo familiar reduziu numericamente, porquanto que compartilhadas decisões e responsabilidades com o marido ou companheiro, a necessidade econômica ou até mesmo a simples conveniência, levou a mulher a exercer atividades fora do lar, deixando para trás, como sua principal atuação, o papel de dona de casa e do lar (PEREIRA, 2004).

Portanto, com a promulgação da Carta Magna, as regras de igualdade entre os cônjuges e a paridade entre os filhos, materializou e traduziu recomendações feitas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com a evolução processada na sociedade, em especial na economia e no pensamento jurídico, imprimiram-se modificações sensíveis ao relacionamento humano em todos seus quadrantes, inclusive no familiar, tendo o direito em questão “sofrido” os influxos correspondentes para assumir nova feição e, em especial, na proteção à mulher e aos filhos, ruindo-se a noção de proeminência do marido e a diversidade, como visto acima, entre os filhos, mormente, os havidos fora do casamento (BITTAR, 1993).

Muito embora cogite-se crise na família, tal não se pode conceber, pois, como organismo natural, a família nunca acaba e como organismo jurídico, elabora-se uma nova organização. Ela é única em seu papel determinante no desenvolvimento da sociabilidade, da afetividade e do bem estar físico do indivíduo, portanto, a família não é um simples fenômeno natural, mas sim uma instituição social variando

através da história e apresentando formas diversas em cada época e lugar (PRADO, 1984).

É a instituição que concede prestígio social e econômico a seus membros. É ela que recebe a inequívoca proteção do Estado, com normas de cunho protetivo, o qual intervém cada vez mais à medida em que os poderes privados declinam. Daí regulamentação própria que recebe no plano jurídico, em ramificação no Direito Civil, denominada de Direito de Família. Assim, o direito de família representa, em si, um conjunto de princípios e regras que regem as relações entre o casal e os familiares, seja pessoas ligadas por vínculos naturais ou jurídicos, conjugais ou de parentesco, completando-se com a assistência resultante de liames jurídicos tutelares, previstos para a proteção de incapazes e ausentes. Portanto, o direito de família regula o estatuto familiar da pessoa a fim de resguardar os direitos individuais de seus integrantes, conciliando uma sistemática que entende a família como elo fundamental entre o indivíduo e a sociedade (BITTAR, 1993).

Deste modo, para Bittar (1993), a família é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie dentro de uma comunidade duradoura de interesses e sentimentos vários que unem seus integrantes. Constitui pois, instituição formadora e geradora de pessoa, sendo núcleo essencial para a preservação e o desenvolvimento da nação.

Logo, por tudo que representa, a família é, universalmente, considerada célula social por excelência, organizando-se em razão de seus membros, em um agrupamento o qual se constitui naturalmente e cuja existência a ordem jurídica reconhece. Conseqüentemente, a Constituição Federal do Brasil de 1988, proclamou-a base da sociedade e com especial proteção do Estado¹. Entretanto, necessário dizer que o reconhecimento jurídico com a formal proteção do Estado já

¹ Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.** § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifo nosso)

se fazia presente em nosso ordenamento jurídico, muito embora de forma implícita. E diga-se que tal reconhecimento foi entendido como subentendido em virtude de adesão e ratificação a tratados internacionais, dentre outros instrumentos de mesmo cunho, inseridos em nosso ordenamento jurídico por força do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, o qual reconhece e adota direitos e garantias decorrentes de tratados do qual o Brasil seja parte. Neste caso, reitera-se, este direito já estava protegido, não somente em razão do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948², mas, igualmente, em decorrência do artigo 17³ da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou, mais precisamente, o Pacto de San José da Costa Rica, de 26 de novembro de 1969. Embora o Pacto de San José da Costa Rica tenha entrado em vigor no país quando do depósito da carta de adesão, em 25 de setembro de 1992, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, portanto, posteriormente à promulgação do Estatuto Supremo, também visa à proteção à família por se tratar de elemento natural e fundamental da sociedade, de maneira a se observar o texto celebrado na Convenção, consoante preconiza a redação do artigo 1º⁴ do citado Decreto.

Por fim, ainda que não seja novidade, assumiu relevo a instituição da família. E frise-se que, embora tenha o homem inicialmente se reunido em grandes grupos e clãs, até finalmente se reduzir à família nuclear – pai, mãe e filhos, a finalidade maior deste enlace, não foi unicamente satisfazer às necessidades básicas de ordem pessoal e patrimonial. O principal intuito do homem foi estabelecer um lugar específico que servisse de refúgio e abrigo não apenas para si, mas especialmente para aqueles que compunham sua família, “os seus”, quando dos reveses da vida e

² Artigo XVI. 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. **A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.** (grifo nosso)

³ Artigo 17. Proteção da família 1. **A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.** 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. (grifo nosso)

⁴ Art. 1º. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, **deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.** (grifo nosso)

no compartilhar dos momentos de glória. A formação e a constituição da família trouxe algo intrínseco à sua existência: a necessidade de um lugar para habitar, de uma moradia.

2.2 O direito à moradia

2.2.1 Breves comentários à cerca dos Direitos Humanos Fundamentais

A necessidade de moradia é uma condição histórica, antiga e vital na história da humanidade, e, não é à toa, que se utiliza, com certa frequência, a expressão “*do tempo das cavernas*”, com o objetivo de fazer referência a coisas e fatos muito antigos. Nessa toada, tenciona-se contar que, no início da história da humanidade, os seres humanos faziam das cavernas a sua moradia. Ainda que a vida fosse muito rudimentar, o homem já sentia a necessidade de possuir um lugar, de abrigar-se e sentir-se acolhido em um local seguro onde pudesse, sobretudo, armazenar bens, ainda que fossem apenas comestíveis. Por esta razão, o homem procurou construir seu abrigo, em qualquer parte, fosse na copa de uma árvore, em uma caverna, nos buracos das penhas, e, até mesmo no gelo, para proteger-se de intempéries e predadores.

Desta forma, ganhou destaque e importância o direito à moradia, porquanto essencial e fundamental ao homem, não enquanto indivíduo isolado, mas especialmente enquanto família, proclamada como base da sociedade pela Constituição Federal de 1988.

Desta feita, impossível escaparmos, primeiramente, a uma reflexão no que diz respeito aos direitos fundamentais. Diga-se, inicialmente que o conceito de Direitos Humanos, desenvolvidos durante toda a história até os dias atuais, porquanto os direitos naturais ou aqueles intrínsecos ao homem já eram mencionados em textos religiosos, como os *Dez Mandamentos* por exemplo; literários, na peça de teatro de *Antígona* de Sófocles; ou, naqueles puramente filosóficos, a lembrar da escola de pensadores estoicistas. Porém, objetivamente, consoante Aina (2002), ao falarmos de direitos fundamentais, estamos nos referindo a um conjunto mínimo de direitos subjetivos, considerados essenciais para que o indivíduo da era contemporânea possa viver com um padrão aceitável de dignidade, realizando efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na

Carta Magna de 1988⁵.

Todavia, antes de dar prosseguimento ao trabalho, são imprescindíveis alguns esclarecimentos de ordem didática, no tocante às expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, pois, ainda que as mesmas se refiram a direitos inerentes à essência humana, carecem de tal elucidação para tornar possível algumas distinções. Não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também, e sempre, direitos humanos. Em que pese os termos serem comumente utilizados como sinônimos, a explicação procedente, segundo Sarlet (2001), é de que o termo *direitos fundamentais* se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Já a expressão, *direitos humanos*, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se a posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, dirigindo-se para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Ainda, nesta mesma senda, para o jurista hispânico, Pérez Luño, citado por Sarlet (2001), o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo *direitos humanos* se revelou como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de *direitos fundamentais*, possuindo estes sentido mais restrito e preciso, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidas pelo direito positivo de determinado Estado. Assim, parece lógico e correto afirmar que os direitos fundamentais nascem e acabam com as respectivas Constituições, de modo que, em face de tal constatação, verifica-se que as expressões “direitos fundamentais” ou “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. Entretanto, reconhecer a diferença não significa desconsiderar a íntima relação entre estas duas classes de direitos, ainda mais se levado em consideração que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, se inspiraram tanto na Declaração Universal de 1948 como em outros documentos de ordem internacional.

Com base nas alegações expostas, ainda em que pese ouvirmos

⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: (...) III - a **dignidade da pessoa humana**. (grifo nosso).

habitualmente o termo “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos são eles, deveras, ainda que intimamente ligados, distintos entre si. Não obstante sua distinção, repisa-se, não se desconsidera a íntima relação entre estas duas categorias, de tal sorte que, nas palavras de Sarlet (2001), vem ocorrendo um processo de aproximação e harmonização rumo ao que já está sendo denominado de direito constitucional internacional.

2.2.2 Desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais: as dimensões de direitos

Transposta a parte a respeito do significado das expressões a pouco estudadas, mister dizer que o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais é a história do próprio homem na luta constante pela paz, segurança, liberdade e igualdade. É também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem, justamente, no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Foi na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente, no século XIII, que encontrou-se o primeiro documento, considerado no mundo anglo-saxão, como a base do conceito atual dos direitos do homem. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, a aristocrática Carta Magna de 1215⁶, que serviu, dentre outros documentos⁷, como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade (SARLET, 2001).

Todavia, foi com os estágios que os direitos humanos fundamentais percorreram ao longo de seu processo evolutivo, que se deu margem ao surgimento

⁶ A Carta Magna, que significa “*Grande Carta*” em latim, é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. A versão de 1225 da Magna Carta é o primeiro estatuto inglês e a pedra angular da constituição britânica.

⁷ Outros documentos merecem referência, como é o caso do Código Sueco Magnus Erikson, de 1350, o qual limitava a conduta do rei no sentido de ele não poder impedir o livre exercício dos direitos do homem sem prévio processo legal. Vale mencionar ainda a *Petition of Rights* inglesa, de 1628, e o *Bill of Rights* inglês, de 1689. (CARLI, Ana Alice de. Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.)

de uma construção doutrinária que classificou tais direitos em dimensões⁸, adotando-se, classicamente três, embora alguns doutrinadores defendam maior número.

Sua sistematização iniciou-se com o reconhecimento dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, correspondentes aos direitos civis e políticos, a partir do final do século XVIII. A necessidade de resguardar os indivíduos do abuso do Estado quanto à sua vida, à sua liberdade e à sua propriedade, demonstraram a preponderância destes direitos, de modo a garantir que as pessoas pudessem desenvolver-se e construir seus projetos de vida com segurança e justiça. Na verdade, estes direitos fundamentais são nada mais que o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, surgindo e afirmando-se como direitos dos indivíduos, frente ao Estado, como o direito à defesa, por exemplo. Assim, demarcou-se uma “zona” de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia em face de seu poder, vindo o homem individualmente considerado ser titular destes direitos (AINA, 2002).

E, diga-se, a materialização de tais direitos teve dois grandes marcos significativos. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Hilgert (2005), o marco histórico mais importante da constituição definitiva dos direitos fundamentais de primeira dimensão residiu em dois documentos: a) primeiramente, a constitucionalização iniciada com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos que culminou com a Declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason, e considerada pela doutrina como a primeira declaração de direitos propriamente dita, porquanto objetivar a estruturação do regime democrático bem como a limitação do poder estatal. Esta Declaração serviu de inspiração para Thomas Jefferson, redator da independência dos Estados Unidos da América, em 4 de julho de 1776; b) treze anos depois, foi a vez do segundo documento, formado este pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de

⁸ O termo “dimensões” foi escolhido em substituição ao termo “gerações”, este tradicionalmente utilizado, em razão de sua clareza, na esteira da mais moderna doutrina, e, como forma de evitar equívocos. Conforme ensina Sarlet, fundadas críticas vem sendo dirigidas contra o próprio termo “geração” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como se negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância. Assim, o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra. Ao mais, além da imprecisão terminológica, conduz ao entendimento equivocado, repisa-se, de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não vindo a se encontrar em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. e. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.)

26 de agosto de 1789, nascida de movimento revolucionário que gerou a derrocada do regime absolutista francês, historicamente identificado como “Revolução Francesa”, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Ressalte-se que esta declaração é reputada como universalista, posto que os direitos fundamentais, por ela consagrados, consideraram-se válidos para toda a humanidade. Ambos os documentos estabeleceram em seu primeiro dispositivo o princípio da liberdade e o princípio da igualdade, declarando que *“todos os homens são por natureza, igualmente livres e independentes”*, e, *“os homens nascem livres e iguais em direitos”*.

A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX, muito embora ambas Declarações tenham ganho a devida importância na consagração dos direitos fundamentais, haja vista que, enquanto os americanos tinham apenas os direitos fundamentais, a França completou o que faltava, pois legou ao mundo os direitos humanos. Foi com a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais que culminou a afirmação do Estado de Direito (SARLET, 2001).

Infelizmente, o reconhecimento destes direitos pelo ordenamento jurídico não foi suficiente para erradicar o conflito social da época. O reconhecimento do princípio da igualdade, por exemplo, era meramente formal, apenas garantido entre indivíduos realmente iguais entre si, como no caso de patrões, entre proprietários de terras. Assim, o conceito de tratamento igualitário, basicamente incidia nas relações jurídicas entre dois contratantes burgueses. Ocorre que, na linha evolutiva dos fatos históricos, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, geraram movimentos reivindicatórios, fazendo surgir a necessidade social de um Estado que desenvolvesse uma melhor distribuição de riquezas, ao contrário do modelo anterior, atado ao conceito de não intervencionista, limitado no seu poder de ingerência na esfera individual, pouco podendo fazer para efetivar o princípio da isonomia nas relações, nas quais, havia de fato desequilíbrios de forças. Segundo Aina (2002), nesse momento, se fez imperioso um controle sobre a liberdade contratual a fim de impedir que, sob o manto de uma suposta atitude acobertada pela legalidade, em “resguardo” ao direito de defesa⁹, fossem praticados

⁹ Enquanto os direitos de defesa se identificavam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto a abstenção do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na

violações ao princípio da liberdade e ao da igualdade.

Dessa forma, concretizaram-se, na esfera dos direitos fundamentais, os direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, que compreendem, dentre outros, a educação, a saúde, a moradia etc, e que, nas palavras de Sarlet (2001), “*podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas*”. O marco histórico deu-se, efetivamente, no início do século XX e se concretizou com a Constituição Política dos Estados Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, juntamente da Constituição da República Alemã de Weimar, de 14 de agosto de 1919, tendo sido, respectivamente, as duas primeiras Constituições Sociais mundiais, de maneira que novos direitos fundamentais sociais passariam a figurar em diversos pactos internacionais e a serem inscritos em muitas Constituições (HILGERT, 2005).

Com a evolução do homem, desenvolveram-se os direitos fundamentais e outras dimensões, como no caso da terceira, a qual compreendeu os chamados direitos difusos ou coletivos, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, visto trazerem, em seu bojo, o fato de depreenderem-se da figura do homem individual como seu titular, para destinarem-se à proteção dos grupos como no caso da família, do povo, da nação. Cabe mencionar que alguns autores vislumbram, ainda, os direitos de quarta dimensão, voltados estes para a defesa da democracia, do pluralismo etc (AINA, 2002).

Por conseguinte, conforme referido acima, com o processo de evolução do homem, após a primeira, outras dimensões de direitos foram desenvolvendo-se, visto que, em sendo o direito uma ciência social, consoante Sandra Regina Martini Vial, *nasce e se desenvolve em sociedade* – de maneira que outro não poderia ser o caminho a ser trilhado. Nesse viés, impossível não aduzir o pensamento de Eugen Ehrlich, um dos teóricos de maior saliência em relação a um dos mais importantes estudos em sociologia do direito, no qual busca apresentar seus fundamentos, potencialidades e método através da obra *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Nela, o autor contrapõe o direito vigente a um direito vivo, nem sempre prescrito, mas que domina a vida (HILGERT, 2005). E, é nesta esteira de pensamento, de um

sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais tinham por objeto a conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática, reclamando uma crescente posição ativa do ente estatal na esfera econômica e social. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. e. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.)

direito vivo, que muitos outros direitos, ao longo do tempo, foram inseridos no ordenamento jurídico, quando há muito já se fazia presente nas relações sociais, a lembrar, por exemplo, da união estável – reconhecida e positivada anos depois. O mesmo ocorreu com outro direito, de igual importância, senão maior, que o instituto da união estável; o direito fundamental social à moradia, objeto no nosso próximo ponto.

2.2.3 A evolução dos direitos (fundamentais) sociais e o reconhecimento do direito à moradia

Foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou melhor dizendo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que se iniciou a institucionalização dos Direitos Sociais, haja vista trazer ela consigo todo o contexto histórico dos acontecimentos dos séculos XVIII e XIX. Data deste período o surgimento do *Welfare State*, isto é, o Estado do bem-estar social, o qual se configurou durante o período seguinte ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial, em um momento em que a humanidade vivenciou dolorosas experiências e atrocidades múltiplas consequentes do conflito (HILGERT, 2005).

Em virtude deste motivo e com o fim de nunca mais voltar a se repetir os horrores deixados pelo rastro da guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, considerou o reconhecimento à dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, fundados na liberdade, na justiça e na paz do mundo¹⁰. Foi com este fim que se reconheceu em seus artigos 1º e 7º, respectivamente, que “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”, e, “*todos são iguais perante à lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*”,

¹⁰ Declarou, igualmente, ser essencial a proteção aos direitos humanos pelo Estado de Direito, através do comprometimento dos Estados-membros em promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal dos direitos humanos e liberdade fundamentais, com sua devida observância, por meio da reafirmação na fé nestes direitos, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, com o propósito de promover o progresso social e melhores condições de vida

de maneira que, à mera violação de tais direitos, receberia remédio efetivo¹¹ com intuito de rechaçar qualquer desrespeito a eles, no propósito de que fossem plenamente realizados¹². Além disso, no tocante ao direito à moradia, a Declaração previu em seu texto, mais precisamente no item 1 do de seu artigo 25 que “*toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação** (...)*”, corroborando o direito à propriedade proposto pelo artigo 17¹³ da dita Declaração e daquele expresso no artigo 21¹⁴ do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado igualmente pelo Brasil.

E, no que diz respeito aos direitos humanos e, por consequência, fundamentais, em nosso direito pátrio, estão localizados majoritariamente na Constituição Federal, nossa lei fundamental de caráter hierarquicamente superior, fonte inspiradora e determinadora da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, conforme Carli (2009), vale tornar a dizer, o papel da CF/88 é impositivo, visto que suas normas devem incidir sobre todas as demais de caráter infraconstitucional, visto que representa um limite ao legislador, de maneira que importarão em inconstitucionalidade as normas editadas em desacordo e contrariedade a ela. Neste contexto, torna-se necessário analisar melhor certas normas que, diretamente, violam valores e direitos humanos fundamentais, como é o caso da regra prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, que admite a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato locatício, afrontando o direito fundamental à moradia, caso que será estudado em ponto específico.

Seguindo, ainda no que concerne aos direitos humanos fundamentais localizados em nossa Constituição, traz, ela, em seu artigo 5º, um longo catálogo de direitos fundamentais, sob a denominação de direitos e garantias individuais. No entanto, fora deste “catálogo”, ainda podemos localizar muitos outros ao longo de

¹¹ Artigo VIII. Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes **remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais** que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. (grifo nosso).

¹² Artigo XXVIII. Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que **os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados**. (grifo nosso)

¹³ 1. Toda pessoa tem **direito à propriedade**, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. (grifo nosso)

¹⁴ Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

todo corpo constitucional, como por exemplo, o direito de igual acesso aos cargos públicos¹⁵, o direito à igualdade de direitos e obrigações entre cônjuges¹⁶, o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório¹⁷, os direitos à previdência social e à aposentadoria¹⁸, entre outros. Não obstante, de acordo com Aina (2002), além dos direitos fundamentais que se encontram abrangidos em nossa Constituição, é possível encontrarmos outros direitos fundamentais, os quais, embora não façam parte do corpo do texto constitucional, encontram-se expressos em tratados internacionais, conforme previsão do art. 5º, § 2º, da CF¹⁹. Nessa toada, no tocante a princípios adotados, através de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conforme o magistério de Sarlet (2001), a disposição contida na norma acima referida, traduz o entendimento de que, além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, ainda que não conste no catálogo constitucional. Neste contexto, importa salientar que o rol de direitos e garantias contemplados no artigo 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo.

No tocante aos direitos sociais, em nossa Constituição, encontramos um capítulo sobre eles, e, mister esclarecer que há dois gêneros: os direitos a prestações em sentido amplo e os direitos a prestações em sentido estrito.

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - **os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros** que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (grifo nosso)

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - **Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.** (grifo nosso)

¹⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

¹⁹ 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: § 2º - **Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.** (grifo nosso)

Inicialmente, explique-se que o *direito à prestação* impõe ao Estado o dever de agir, ora seja em prol da proteção de bens juridicamente protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade de terceiros, ora seja para promover e garantir condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desse bens jurídicos fundamentais. Nos dizeres de Silva (2006), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas do Estado, direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais que possibilitam (ou intencionam) melhores condições de vida aos mais fracos com intuito de realizar a igualização de situações sociais desiguais. Ainda, no tocante à prestação, conforme Sarlet (2001), os direitos prestacionais são inequivocamente direitos fundamentais, constituindo, em razão disto, direito imediatamente aplicável, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88. Segundo o autor, no que diz respeito a tais direitos, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeito jurídico.

Com base na explicação supra, e, uma vez esclarecido o significado e finalidade da expressão, passa-se a distinguir os gêneros acima referidos. Prestações em sentido amplo compreendem os direitos de proteção e à participação na organização do procedimento, os quais correspondem aos direitos às prestações normativas. Já, prestações em sentido estrito correspondem às prestações materiais que objetivam assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, pressupondo um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece pura e simplesmente, mas deve ser implementada (AINA, 2002).

Nessa linha de inteligência, oportuno referir que o argumento de que os direitos sociais carecem de leis regulamentadoras para serem garantidos pelo judiciário, é, por certo, falacioso. A uma, que a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe, e, a duas, que o ordenamento jurídico veda, conforme o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil²⁰, que o julgador se exima de decidir sob a alegação de inexistência de previsão legal. De mais a mais, mecanismos constitucionais como o Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação Pública podem ser acionados para o exercício de tais direitos, visto que a tese de não-regulamentação encontra óbice, como referido alhures, no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

²⁰ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz **decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.** (grifo nosso)

(HILGERT, 2005).

Por conseguinte, importa trazer à baila quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Conforme leciona José Afonso da Silva, citado por Hilgert (2005), todas as normas têm aplicabilidade imediata, variando apenas na intensidade de sua eficácia, dividindo-se a classificação destas em três: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada, isto é, as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos. Nesse diapasão, conclui-se que esta classificação, mais precisamente àquela atinente à eficácia plena, amolda-se perfeitamente em relação aos direitos fundamentais, pois quanto a estes, existe norma expressa e específica, que estabelece: “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.²¹

Desta forma, segundo Aina (2002), o Estado assume, constitucionalmente, a obrigação de assegurar a todos os cidadãos o acesso aos direitos fundamentais, os quais compreendem uma esfera mínima de direitos que realizam e dão concretude ao princípio da dignidade humana. No caso em debate, o direito à moradia é um direito social identificado, por sua vez, no rol dos direitos fundamentais, tanto àqueles expressos no texto constitucional, quanto àqueles oriundos de instrumentos internacionais no qual o Brasil seja parte, tendo, portanto, de aplicabilidade imediata, repisa-se, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição. Portanto, este direito fundamental, assiste e resguarda o direito da pessoa do fiador no que diz respeito a sua casa, sua moradia. E, diga-se, esta proteção não advém de uma simples inconformidade por parte do garante da relação locatícia, mas por ela estar positivada e amparada na Carta Magna, de modo que impossível e inadmissível que legislação infraconstitucional se posicione contra este direito, ora também considerado cláusula pétrea²². Além disso, a norma infraconstitucional não está somente desprovida de força jurídica em relação à hierarquia das leis, mas trata de forma igual situações desiguais, ferindo de morte o princípio da isonomia, de maneira a afrontar nossa Lei Suprema, vindo a ser, portanto, inconstitucional.

²¹ Artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

²² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 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.** (grifo nosso)

Deste modo, sendo os fins sociais o mote principal do ordenamento jurídico, juntamente da finalidade de justiça social, o qual paira sobre todas as relações, sejam elas privadas ou públicas, culminou em 15 de fevereiro de 2000, a publicação da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, a qual resultou do projeto de emenda à Constituição nº 601-B, de autoria de vários senadores²³, tendo iniciado como proposta de emenda à Constituição de nº 28, de 1996, publicada no Diário do Senado Federal em 19 de junho de 1996. A dita emenda teve por escopo acrescentar ao rol dos direitos sociais do artigo 6º²⁴ da Constituição a palavra “moradia” em sua redação. No entanto, muito antes dela, já se evidenciavam indícios substanciais de sua existência, de modo que seu reconhecimento explícito e direto no ordenamento jurídico somente materializou uma caminhada há muito tempo trabalhada, consoante Hilgert (2005)

era inegável que tal direito já existia. Além da dignidade da pessoa humana e da cidadania, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II e III), e da menção da moradia como necessidade básica, capaz de ser suprida pelo salário mínimo (CF, art. 7º, IV),²⁵ a Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, § 2º) consagra que os direitos e garantias nelas expressos “não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (...) Neste caso, a moradia já estava reconhecida como direito pela Declaração Universal de 1948.” (HILGERT, Renato Luiz. O direito social à moradia e a relação com a implementação da cidadania. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação – mestrado em Direito, área de concentração em direitos sociais e políticas públicas de inclusão social – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2005, pg. 61)

Ressalta-se ainda que, nos termos do Parecer de nº 279, de 1977, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do qual foi relator o Senador Romeu Tuma, e, presidente, o Senador Bernardo Cabral, há referências expressas sobre já existir previsão no tocante ao direito à moradia antes da emenda constitucional.

²³ Mauro Miranda, Levy Dias, Nabor Júnior, Ernandes Amorim, Lucio Coelho, Sebastião Rocha, Ramez Tebet, Renan Calheiros, José Ignácio Ferreira, Carlos Bezerra, Valmir Campelo, Emília Fernandes, José Fogaça, Fernando Bezerra, Geraldo Melo, José Bonifácio, Romero Jucá, Onofre Quinan, Totó Cavalcante, João Rocha, Gerson Camata, Carlos Wilson, Osmar Dias, Casildo Maldaner, Humberto Lucena, Waldeck Ornellas, Josaphat Marinho, Marluce Pinto, Regina Assumpção, Jonas Pinheiro e Marina Silva. (AINA, Eliane Maria Barreiros, O fiador e o direito à moradia. Direito Fundamental à moradia frente a situação do fiador proprietário de bem de família. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.)

²⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, 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 (grifo nosso).

²⁵ 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 (grifo nosso)

Segundo ele, o direito à moradia já estaria consignado na Lei Maior de 1988, porém em outros dispositivos do Estatuto Supremo, muito embora ainda não figurasse no rol do artigo 6º:

(...) assim, o artigo 23, IX, da Constituição Federal, estabelece que é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios **promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais** e do saneamento básico. No mesmo rumo do reconhecimento da importância do direito à moradia é que o art. 7º da Carta Magna preceitua, no seu inciso IV, que o salário mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com **moradia**, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Como conclusão, ante o exposto, votamos pela aprovação da Proposta de emenda à Constituição nº 28, de 1996.”(AINA, Eliane Maria Barreiros, O fiador e o direito à moradia. Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002, pg. 84) (grifo do autor)

Ademais, a preocupação com a moradia por parte do legislador, de fato, já se fazia presente em nosso ordenamento há muito tempo, podendo-se citar como exemplo o instituto do bem de família tanto no antigo como no novo Código Civil²⁶, assim como a lei da impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90), as legislações inquilinárias (o Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, a Lei nº 6.239, de 19 de setembro de 1975; a Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979; a Lei nº 6.698, de 15 de outubro de 1979; a Lei nº 7.538, de 24 de setembro de 1986; a Lei nº 7.612, de 9 de julho de 1987; e a Lei nº 8.157, de 3 de janeiro de 1991, todas revogadas em razão da vigência da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991), e o Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, o qual dispunha sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, dentre outras.

Além disso, de mais a mais, reitera-se, a questão da moradia de fato não é recente, porquanto que no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotados pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, reza que os Estados-partes do presente pacto teriam que reconhecer o direito a um nível de vida adequado para toda pessoa, bem como a sua família, sobretudo no tocante à alimentação, à vestimenta e à moradia, e de modo a dar continuidade às melhorias de condições de vida. O mesmo artigo impôs aos Estados-partes, o dever de tomar medidas apropriadas a fim de assegurar a consecução destes direitos. Portanto, podemos afirmar que o direito à moradia, torna-se a dizer, mesmo que implícito, já contava no nosso rol de direitos

²⁶ Respectivamente, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

fundamentais por ser um direito humano assegurado em tratados internacionais. Por conseguinte, no momento em que o Estado brasileiro ratifica instrumentos internacionais, é possível elencar inúmeros direitos decorrentes dos mesmos, os quais, embora não estejam previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados em tais instrumentos que passam a se incorporar ao direito brasileiro (AINA, 2002).

Todavia, leciona Aina (2002), não foi somente o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que contribuiu para que o direito à moradia viesse à luz e assim ganhasse seu devido valor e relevo. Em 1976, realiza-se a 1ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT I, dando origem à “Declaração de Vancouver”, que indicou um consenso internacional relativo às políticas de assentamento humano, situando a moradia adequada e os serviços a ela relacionados como um direito humano básico, e apontando, por corolário, a responsabilidade dos governos na adoção de ações, com intuito de garantir este direito, visando a assegurá-los a todas as pessoas. Vinte anos depois, em 1996, realiza-se a 2ª Conferência às Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT II, em Istambul. Para esse evento, o Brasil foi indicado relator da parte da Agenda do Habitat (carta de intenções da Conferência), que tratava a respeito do direito à moradia, cabendo-lhe justificar frente a países como Japão e Estados Unidos, que se posicionavam contra este termo, a urgente necessidade de se reconhecer a moradia como um Direito Social.

Entretanto, a participação em tão importante evento mundial, colocou o país em situação delicada, principalmente quando, até então, se verificava uma lacuna em nossa própria Constituição, a qual não reconhecia a moradia como um direito real, como no caso da saúde, do trabalho por exemplo. Mas, uma vez exposto na vitrine perante às demais nações, o Brasil viu-se com sua situação de habitação em estado tão vergonhoso, que, ao menos formalmente, amenizou o problema ao incluir no Estatuto Supremo, através da emenda 26 de 2000, o direito à moradia. Assim, passou a ingressar no rol de diversos países que expressamente adotaram a moradia como um direito constitucionalmente previsto, como no caso da Argentina, México, Portugal, Rússia, Suécia, dentre outros (AINA, 2002).

Note-se que a diversidade de países em relação aos parâmetros de grau de desenvolvimento, ora pertencente à categoria de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, ora aqueles considerados desenvolvidos, demonstrou a preocupação universal do legislador em fazer constar não só o direito à moradia

simplesmente, mas o direito que esta fosse adequada, digna, salubre e minimamente confortável, de modo a revelar a tendência à universalização dos direitos fundamentais, como garantia da dignidade da pessoa humana, seja em que sociedade e a que cultura esta pertencesse.

Inegável, portanto, que o direito à moradia constitui-se em um direito social, de maneira a encontrar abrigo perfeito no rol de direitos humanos fundamentais de segunda dimensão. E, em se adotando a tese de que os direitos sociais constituem os direitos fundamentais, pode ser considerado então o direito à moradia, como um direito fundamental, localizado no ordenamento jurídico em um plano hierarquicamente superior dos direitos fundamentais, isto é, no ápice do sistema. Conforme Aina (2002), da leitura do artigo 6º depreende-se que tal direito se constitui em um direito subjetivo de todos os cidadãos sujeitos ao ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, do fiador em contrato locatício também, haja vista ser uma necessidade premente de todo ser humano, um direito natural do indivíduo, indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade:

(...) todos precisamos de um local para nos abrigarmos das intempéries, descansarmos de nossa labuta, abrigarmos nossa família, guardarmos nossos bens, sentirmo-nos seguros, enfim, garantirmos a nossa sobrevivência com dignidade [...] em uma habitação digna, com um mínimo de conforto e salubridade. (AINA, Eliane Maria Barreiros, O fiador e o direito à moradia. Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002, pg. 84)

Entretanto, diante de uma situação fatídica e concreta de total descompasso entre a realidade e o plano normativo, há necessidade de vencer o aspecto da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais a fim de dar imediata concretude à proteção constitucional da moradia. E nessa linha, focamos a questão em debate neste trabalho, qual seja, do fiador de relação locatícia e proprietário de bem de família que, em razão da exceção prevista em regra infraconstitucional, pode vir a ter seu bem penhorado. Contudo, assim como todos os brasileiros, também tem ele o direito constitucional à moradia garantido, sendo-lhe assegurado o direito a um patrimônio mínimo, através da inviolabilidade de seu direito de morar naquilo que é seu.

2.2.4 O direito à moradia como garantia de patrimônio mínimo

Muito embora a moradia concretize-se materialmente em um imóvel, seja ele

uma casa, um apartamento, um “barraco” etc, constitui-se, na verdade, em um valor imaterial, um bem da vida de aspecto não concreto. Foi em virtude deste entendimento que a deputada Almerinda de Carvalho, relatora da Comissão Especial destinada a proferir parecer à proposta de Emenda Constitucional nº 601-A, de 1998, e que altera a redação do artigo 6º da Constituição Federal, a qual resultou na emenda 26, expôs que *“a moradia é um conceito muito mais amplo e complexo do que o conceito da casa própria”*, de maneira que compartilha da mesma opinião Aina (2002), ao dizer que:

[...] a moradia é um valor de conceito amplo que envolve garantia de um abrigo digno, salubre e que promova o bem estar de seus ocupantes, de forma a concretizar a existência com dignidade dos indivíduos. Neste aspecto, encontra vertente no direito à vida, no direito à saúde, na proteção da família, no direito ao meio-ambiente saudável, no acesso a propriedade, na renda mínima que possa garantir efetivamente um lar, em uma ordem econômica justa etc.(AINA, Eliane Maria Barreiros, O fiador e o direito à moradia. Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002, pg. 86)

De fato, o conceito de moradia vai muito além de mero conceito de casa própria, vez que esta apenas materializa tal direito. Na realidade, ao aprofundarmos o tema, ainda que o mesmo não se esgote nesta breve argumentação, pode-se dizer que há uma inter-relação do direito fundamental à moradia com a garantia do patrimônio mínimo, isto é, o direito de propriedade. Segundo leciona Carli (2009), o direito contemporâneo, alicerçado na visão constitucionalista, apóia-se na teoria da função social, como justificção e limite para a propriedade privada. Exige-se da propriedade uma utilidade, seja como direito instrumental, para garantir a efetividade do direito humano fundamental à moradia, seja como função social, norma diretriz da conduta de seus titulares. Em outras palavras, a propriedade deve sempre visar os fins sociais, tanto do titular, quanto da coletividade naquilo que lhe é cabível.

Nessa esteira, consoante Eros Roberto Grau, citado por Carli (2009), é possível enxergar o instituto a partir de duas perspectivas: a) quando o titular a utiliza em seu benefício e no da coletividade; b) com caráter individual, quando serve de base para suprir as necessidades essenciais do titular e de sua família, como o bem imóvel (consustanciado no bem de família), que lhes servirá de habitação. Assim, a noção de propriedade ganha nova concepção, calcada na função social. É nesse contexto que cumpre acentuar que a Constituição Federal de 1988, reconheceu como direito humano fundamental, tanto o direito de

propriedade²⁷ quanto o direito à moradia.

Nessa linha de intelecção, defende-se que o direito de propriedade imóvel exsurge como direito humano materialmente constitucional quando preenche alguns pressupostos, tais como o cumprimento de sua função social e como instrumento de concretização do direito à moradia. É baseado no segundo pressuposto que chega-se à questão do problema no tocante ao fiador locatício. Diante da inadimplência do locatário, o fiador se vê ameaçado de perder o único bem imóvel que serve de abrigo para si e para sua família. Questiona-se, então, até que ponto a interferência do direito de crédito do locador no direito humano fundamental à moradia é aceitável e razoável, a ponto de deixar ao desabrigo aquele que, em um ato de solidariedade, assumiu posição de garante em uma locação. Nesse aspecto, é inegável que a propriedade imóvel subsumida no bem de família do fiador, não é o direito fundamental autônomo, mas direito acessório, que viabiliza o direito fundamental e essencial para o ser humano que é o direito a um teto. Deste modo, consoante Carli (2009), não é o direito à propriedade *per se* que está sendo imunizado, mas o direito de propriedade instrumental que concretiza o direito fundamental à moradia, sendo esta um meio de suprir necessidades essenciais, de maneira a se tornar indisponível, não podendo, por conseguinte, sofrer restrição judicial em razão do contrato de fiança.

Tomemos o seguinte exemplo proposto por Carli (2009), em sua obra “*Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia*”, páginas 78 e 79 respectivamente:

Caso 1: João é proprietário de único bem em que habita com sua família e foi fiador de um amigo, em um contrato de locação;

Caso 2: Pedro tem dois imóveis, em um ele reside com a família e o outro é apenas acervo do seu patrimônio.

De acordo com a explicação da autora, diante das referidas proposições, observa-se que, no primeiro caso, em que o indivíduo possui apenas um bem imóvel, consubstanciado este em bem de família, o direito à propriedade se subsume ao direito humano fundamental à moradia, visto que no caso telado, o direito de propriedade constitui mero instrumento para dar efetividade ao direito fundamental de habitação. Desta maneira, o direito de propriedade, no primeiro exemplo, tem caráter meramente instrumental, não podendo vir a ser objeto de

²⁷ Art. 5º. (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

construção em razão de obrigação decorrente de fiança. Tal assertiva encontra fundamento tanto no direito fundamental à moradia, quanto na garantia do patrimônio mínimo. Em síntese, a propriedade, neste caso, é a ponte que liga o bem material (o imóvel), ao bem imaterial (o direito fundamental à moradia).

No tocante à segunda hipótese, em que a pessoa é proprietária de dois imóveis, há duas situações distintas: na primeira, o imóvel em que reside serve de abrigo ao proprietário e a sua família – consagrando o bem de família – sendo, assim, inadmissível qualquer forma de construção e, em particular, aquela que resulte de obrigação decorrente de contrato de fiança, porquanto que, o bem em questão, além de consagrar de forma absoluta o direito humano fundamental à moradia, constitui direito fundamental, axiologicamente superior ao direito de crédito, o qual pode ser garantido por outros meios legais. Já, na segunda situação, o imóvel não utilizado para moradia do proprietário constitui seu patrimônio excedente, podendo ser objeto de penhora sem qualquer problema tendo em vista que não consubstancia direito fundamental à moradia.

Assim, se conclui que toda a propriedade que atenda a seus fins sociais e que tenha por objeto resguardar o único bem de família do indivíduo, como forma de proteger o direito fundamental à moradia, não poderá ser objeto de execução e tampouco se comparar de forma isonômica ao direito de crédito. Além disso, cumpre dizer que o bem de família surgiu como um dos meios de garantir que a propriedade não fosse apenas um direito fundamental individual, mas um instrumento de efetividade ao pleno exercício do direito fundamental à moradia do titular e de sua família (CARLI, 2009).

Portanto, uma vez reconhecido explicitamente o direito à moradia como um direito fundamental social em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente em nossa Constituição Federal através do artigo 6º, necessário se faz seu efetivo cumprimento material, porquanto que o formal já expresso. Nesse passo, importa dizer que sua realização depende, fundamentalmente, da imediata concretude na proteção constitucional da moradia, visto ser a única forma de colocar em prática o que foi reconhecido a muito custo e após tantos anos. Nessa esteira, e, em honra aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, igual proteção incide no que diz respeito à questão em debate, qual seja, o direito que assiste ao fiador em contrato locatício, de ter seu direito à moradia protegido, materializado este na impenhorabilidade de seu único bem imóvel, isto é, seu bem

de família, assim entendido por força de lei.

Todavia, a exceção que jaz no inciso VII do artigo 3º da lei da impenhorabilidade do bem de família, teima em afrontar a Constituição a fim de priorizar interesses econômicos do mercado imobiliário com o fito de alavancar cada vez mais seus negócios, este, a seu turno, focados nos interesses de uma minoria, muito provavelmente decorrentes de *lobby*²⁸. Nessa senda, mister dizer que, este argumento baseia-se e ganha força na medida em que se toma conhecimento que esta hipótese somente veio a fazer parte da lista de tais exceções, quase dois anos após a promulgação da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, por ocasião da sanção da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (a Lei do Inquilinato), que, através de seu artigo 82²⁹ acresceu o dito inciso à Lei da Impenhorabilidade.

Segundo o magistério de Aina (2002), a justificativa para a adição de mais uma exceção ao rol, teria sido que a lei anterior à Lei do Inquilinato, a Lei 6.649, de 16 de maio de 1979, teria como principal característica, a ampla proteção dos locatários que se concretizava, especialmente, pela prorrogação automática dos contratos após o término do prazo contratual, bem como a proibição de rescindi-los sem motivação, não havendo possibilidade jurídica, assim, de postular-se pela denúncia vazia. Além disso, a fiança, dentre as garantias locatícias, teria vigorado até a edição da lei da impenhorabilidade, de forma que a única morada já não mais poderia ser excutida para solver débitos próprios ou de terceiros. Em decorrência disto, os locadores passaram a exigir fiadores que fossem proprietários de dois imóveis, fato este que criou sérios empecilhos à locação diante da dificuldade de conseguir-se alguém que apresentasse tal condição, pois, se o sonho da casa própria já está distante da grande parcela da população, muito mais longínqua está a possibilidade de deter a propriedade de dois imóveis. Diante deste quadro, a *única* solução encontrada pelo Poder Público, foi a de alterar a Lei 8.009/90, para fazer-se incluir a mencionada exceção.

Entretanto, a inclusão do dito inciso veio somente em detrimento de quem nem ao menos responde pela obrigação principal (no caso, o contrato de locação), mas tão somente a acessória, visto ser o contrato de fiança nada além do que uma

²⁸ *Lobby* é um grupo de pressão na esfera política, um grupo de pessoas ou organizações que tentam influenciar, aberta ou secretamente, as decisões do poder público em favor de seus interesses. O termo "*lobby*" é muito utilizado no meio político.

²⁹ 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."

obrigação acessória em relação à principal. Além disso, o argumento de que esta exceção seria necessária para o fiel cumprimento do contrato é ultrapassado, pois para isso há outros tipos de garantias, como o seguro-fiança e a caução, institutos que serão estudados mais adiante.

Na verdade, se observa um disparate, pois o direito de crédito do locador-credor não pode sequer se comparar ao direito à moradia, por estarem em patamares completamente diferentes na hierarquia das leis. Além disso, fere de morte a própria Constituição, na medida que lei infraconstitucional tenta impor suas regras e preceitos em contrariedade ao Estatuto Supremo, quando, a bem da verdade, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional, somente serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal, visto que toda a autoridade somente nela encontra fundamento (SILVA, 2006). No caso telado, examina-se uma gritante incompatibilidade entre a norma constitucional expressa no artigo 6º e àquela prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, de maneira que esta não pode, de modo algum, se sobrepor àquela, pelos motivos já expostos alhures.

Além disso, dois absurdos, a título de exemplo para fins comparativos, se apresentam. Primeiramente, aquele que diz respeito à dívida fiscal em cotejo com a situação do fiador em contrato de locação. Na hipótese, a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, a qual dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, encontra à Fazenda dificuldades em cobrar aquele que está em débito, não somente pelo fato de não encontrar bens disponíveis para garantir a execução da dívida, mas por ser a impenhorabilidade oponível em processo de execução fiscal quando houver apenas bem de família³⁰. Assim, ainda que aquela pessoa jurídica de direito privado, deva vultuosas quantias em tributos a qualquer um dos entes estatais, em um eventual redirecionamento ao patrimônio do sócio-administrador, terá ela resguardado seu bem de família (caso o responsável ainda não tenha transferido seus demais bens pessoais a outrem e engane o fisco). Embora não pareça óbvio, é mais fácil cobrar o fiador locatício do que aquele que se encontra em dívida ativa. Infelizmente, estes mesmo tributos são aqueles que, em

³⁰ A impenhorabilidade do bem de família somente será oponível nos casos em que a dívida não for em função do imóvel, haja vista que, em sendo, não vige a impenhorabilidade perante a Fazenda Pública, conforme reza inciso IV, do artigo 3º da Lei 8.009/90, *in verbis*: “Art. 3º. **A impenhorabilidade é oponível** em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, **salvo se** movido: (...) IV - **para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.**” (grifo nosso)

tese, seriam arrecadados pela seguridade social em proveito da coletividade, no que concerne à saúde, à assistência e à previdência social.

A segunda situação seria aquela que diz respeito ao benefício de ordem³¹, previsto no Código Civil, e colocado à disposição do fiador. A grosso modo, este instituto ensejaria que, antes que o fiador fosse chamado a cumprir determinada obrigação, objeto do contrato, fosse primeiramente chamado, o devedor principal, qual seja, o locatário, porquanto que, somente, se este não fizesse jus a sua obrigação é que o fiador deveria ser responsabilizado. Assim, o fiador demandado pelo pagamento da dívida teria direito a exigir, até a contestação da lide, que fossem, primeiro, executados os bens do devedor, uma vez ser a sua responsabilidade subsidiária à do devedor principal. Todavia, a viabilidade de tal instituto não é de grande valia para o garante (caso antes não tenha renunciado³²), uma vez que, se o locatário tivesse bens, a uma, não locaria bem imóvel (*a priori*), a duas, caso tivesse algum bem e locasse outro, por certo que, em tese, supõem-se que o mesmo teria boa-fé e condições financeiras de quitar o débito, sem se tornar inadimplente e ensejar, por corolário, que fosse acionado seu fiador. O mesmo ocorre com o instituto da sub-rogação³³, igualmente do Código Civil, o qual embora esteja previsto, na prática, não tem efetividade alguma, pois, se o locatário-inquilino não paga a dívida ao locador, por certo que, também, não irá pagar ao fiador, até mesmo por uma questão de lógica.

Por fim, tal discussão que aqui se argumenta seria desnecessária se tão somente fossem observados os direitos fundamentais da Constituição os quais, reitera-se, nem ao menos necessitam de lei específica para sua efetivação, por terem aplicabilidade imediata. Este é o caso do direito à moradia; direito este que se materializa em um bem imóvel (CARLI, 2009), e que, devido sua relevância alcançou status de “bem de família”, assunto este do próximo ponto.

³¹ Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sítios no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

³² 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.** (grifo nosso)

³³ Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor. (primeira parte)

2.3 O bem de família

2.3.1 Evolução histórica do bem de família

A mais conhecida origem do bem de família remonta, seguramente, ao *homestead*, surgido na República do Texas³⁴, antes de sua incorporação aos Estados Unidos da América do Norte, em 1845. O significado da expressão, reporta-se, efetivamente, ao que pretende resguardar, isto é, o local do lar (*home* = lar, *setead* = local).

As razões históricas do instituto derivam, e, ainda que em apertada síntese, pode-se dizer que residem no fato de que, uma vez atraídos pelo progresso vertiginoso da agricultura e do comércio, bem como pelo enorme potencial do novo mundo, bancos europeus fixaram-se no território americano, oferecendo créditos abundantemente, que, por sua vez, impulsionavam o crescimento ainda mais veloz da região, de maneira que a prosperidade fazia a riqueza dos aventureiros e empreendedores. Contudo, viriam as crises econômicas, gerando uma bolha em torno dos preços do açúcar, do algodão, e, sobretudo, dos terrenos da cidade e das terras incultas do oeste. Por conseguinte, narra Martins (2008), viria, como consequência, a grande crise de 1837 e 1839, que, com a falência de um banco de grande expressão de Nova York, o qual teria sido o estopim de uma verdadeira explosão financeira, gravaria, nos anais da civilização americana o retrato de uma de suas mais adversas épocas.

Nesse contexto, consoante Hora Neto (2007), credores realizavam execuções em massa de quem não tinha onde obter crédito, de forma a acabar por ter sua terra, bem como animais e instrumentos agrícolas liquidados, nesse amargo momento, por quase nada, diante do preço exorbitante pago antes da crise. Assim, após veementes movimentos políticos dos trabalhadores, foram editadas várias leis, a exemplo daquela que aboliu a prisão por dívidas, princípio este, hoje consagrado nas Constituições de povos civilizados. Diante desse cenário, surge o *Homestead*

³⁴ Logo após o Texas separar-se do território mexicano, constituiu-se em república independente. Não tardou para que recebesse grande massa de emigrantes americanos em razão de seu promissor território, com ótimas terras e bom clima. Contudo, o que de fato persuadiu os imigrantes foi a proteção, vantagens e grandes garantias que eram oferecidas pelo governo texano, como no caso de sua Constituição, de 1836, cuja teria delineado em linhas gerais, o instituto do *homestead*, o qual muito embora somente tenha sido promulgado em 1839, visava proteger as famílias radicadas em sua república, bem como fixar o homem à terra, objetivando o desenvolvimento de uma civilização, cujos cidadãos tivessem o mínimo necessário a uma vida decente e humana. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1974.)

Exemption Act, editado pela República do Texas, em 26 de janeiro de 1839, assim vazada, *verbis*:

De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de fieri facias ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (Digest of the Laws § 3.798)

Antes, contudo, ressalte-se, quando o México separou-se da Espanha, editou, em 04 de janeiro de 1823, a lei imperial de colonização, a qual rezava que todos os instrumentos agrícolas, máquinas e outros utensílios introduzidos na território pelos colonos, seriam isentos de penhora. A lei do *homestead* da república texana, entretanto, evoluiu sua abrangência ao trazer ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis (os quais foram, num primeiro momento, objeto de proteção), a proteção aos bens imóveis.

Posteriormente, nos Estados Unidos da América do Norte, surgiu, paralelamente, uma outra espécie de *homestead*, chamado de *Homestead Act*, de autoria do Senador Benthon e convertido em lei federal por Abrahan Lincoln, em 20 de maio de 1862, que teve por fim a proteção familiar diante da grave crise econômica de 1839, bem como a fixação do colono à terra, objetivando a colonização e o povoamento (AZEVEDO, 1974).

Como consequência, não demorou muito para que outros países passassem a adotar institutos semelhantes. O Canadá, por exemplo, em 1886, editou lei que isentava de execução por dívidas, imóveis no valor de até dois mil dólares, não exigindo que o titular do bem fosse chefe de família, (tendência essa, aliás, seguida pelo Brasil³⁵), requerendo, todavia, o registro de sua instituição no cartório competente. Não obstante, outros países aderiram ao instituto. A Inglaterra, embora não tenha editado norma específica prevendo o bem de família, criou dois

³⁵ STJ. Súmula 364. “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

institutos³⁶ que traziam em sua essência a garantia de um mínimo existencial. Na Alemanha, por exemplo, apesar das várias tentativas para a adoção do referido instituto, somente após a Constituição de Weimar, de 1919, a qual propugnava a proteção da propriedade familiar, o legislador infraconstitucional, em 1920, editou lei prevendo o bem, denominado de *heimstättenrecht*. A Itália, por sua vez, somente veio a reconhecer o instituto em 1942, contemplando-o como patrimônio familiar, ao passo que a França, já em 1909, previa o referido significante, afastando o mesmo da incidência da penhora. Na Espanha, a proteção ao patrimônio mínimo da família ocorreu por meio de diversos diplomas legais. Por fim, sem a intenção de esgotar o tema, cabe fazer menção ao instituto português com a designação de “*casal de família*”, instituído este em 1920, o qual, após a constituição do bem, o tornava indivisível e inalienável (CARLI, 2009).

Por fim, diga-se, a origem do instituído do *homestead* encontrou razão de ser no espírito do povo americano, no sentimento herdado da nação inglesa de considerar a casa como um verdadeiro castelo sagrado e pela necessidade de estimular os esforços do colono ou do imigrante, no sentido de uma maior proteção e segurança em caso de infelicidade.

2.3.2 Conceito e definição do instituto do bem de família

Antes de darmos prosseguimento ao tema, necessário fazer maior elucidação quanto à expressão “bem de família”, a fim de compreender sua origem etimológica. Primeiramente, mister analisar separadamente cada uma das palavras que compõem a expressão. Assim, no tocante à palavra “bem”, que significa “aquilo que é útil à existência e conservação, física ou mental; utilidade; vantagem; proveito; bem; propriedade; domínio etc”, a mesma é um substantivo masculino que descende de “*bene*”, um advérbio latino procedente da palavra “*bonus*”, o qual possui estreita ligação, ainda que muito remota, com o verbo latino “*beo, as, ávi, atum, are*” que quer dizer “fazer feliz, tornar alegre, enriquecer”. Já, em relação à palavra “família”, embora encontre sua origem imediata no vocábulo latino família

³⁶ Os institutos que traziam a essência do bem de família criados pelo Inglaterra foram, respectivamente, os *allotments* (consistiam na concessão de terras de no máximo um acre de terra arável, por meio de um aluguel perpétuo), e, os *small-holdings* (correspondiam à concessão de pequenas propriedades de um à cinquenta acres). Pretendiam tais institutos a proteção da pequena propriedade, fazendo cessar a despovoação nos campos e nunca a da família. (CARLI, Ana Alice de. Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.)

“ae”, através de “*famélia*” e “*fâmulus*”, origina-se, remotamente, ao radical “*dhá*”, da língua ariana, cujo significa “estabelecer”, e donde, “*dháman*”, em sânscrito, por sua vez, significa “casa”. Todavia, com sua passagem ao dialeto osco, tal radical passou a ser “*fam*”, em razão da transformação operada do “dh” para “f”, fazendo nascer o vocábulo “*faama*”, do qual surgiu “*famel*” (o servo), “família” (conjunto de filhos, servos e demais elementos que viviam sob a chefia e proteção de um mesmo *pater*). Ao que tudo indica, este mesmo radical “*dhá*”, teria dado origem às palavras *domus* (casa) no latim, e *dómos* (casa) no grego, com sentido de “unir, construir”. Deste modo, verifica-se que, se unirmos o sentido de cada uma das palavras que compõem a expressão, teremos, conseqüentemente, o significado “estabelecer uma casa feliz” (AZEVEDO, 1974).

Nesse contexto, mister referir, primitivamente, a casa era, além de abrigo da família, verdadeiro santuário, onde, sobretudo, se adoravam os antepassados como deuses. Essa primeira amostra de propriedade, segundo Azevedo (1974), tanto entre os gregos quanto entre os romanos, com caráter sumamente religioso, é retratada por Fustel de Coulanges em “*A cidade antiga*”, na qual, com muita acuidade afirma que a idéia de propriedade privada residia na própria religião, visto que cada família tinha seu lar, seus antepassados, seu deus doméstico, os quais somente poderiam ser adorados pela família, bem como somente ela protegia.

Assim sendo, em razão da importância da família bem como da moradia, esta consubstanciada no bem imóvel, ganhou, deveras, suma importância o bem de família, o qual se tornou um dos instrumentos mais eficazes utilizados para garantir o patrimônio mínimo do indivíduo, uma vez que a propriedade utilizada como instrumento para a concretização do direito humano fundamental à moradia, bem como forma de subsistência, de maneira a não poder se tornar objeto de qualquer constrição, e, assim, imune a penhora (CARLI, 2009).

Nesta esteira, diga-se que o bem representa um meio de assegurar a mais cara das instituições, qual seja, a família, quanto ao mínimo necessário e suficiente à sua existência, bem como quanto a garantido do domicílio familiar, tornando-o incólume dos revezes da própria vida. Assim, oportuno referir que a lei que o criou visa, principalmente, a isenção de penhora ou de qualquer outro meio de execução que possa privar a família de seu abrigo inviolável. E é nesta idéia de inviolabilidade do lar que reside a real característica do instituto, visto que este nasce como instituto jurídico protetor da família. Foi por este motivo que surgiu o *homestead* no

direito americano, o qual, como dito alhures, consubstanciava-se em um imóvel destinado ao domicílio familiar, isento de penhora, e, em defesa da pequena propriedade, de maneira que cada família poderia possuir, livre de execuções, uma porção de terra rural (cinquenta hectares), ou um terreno urbano de certo valor, nunca superior a quinhentos dólares. Esta foi, efetivamente, uma semente que germinou e se proliferou em prol da proteção que sempre se deveu à célula familiar, alicerce sobre o qual se funda e edifica o Estado (AZEVEDO, 1974).

2.3.3 A implantação do instituto do bem de família no Brasil

A inserção do instituto do bem de família na legislação pátria, não ocorreu de maneira fácil e imediata. Ao revés, houve vários projetos legislativos, visando a sua regulamentação, antes de sua entronização no Código Civil vigente. Em rápido retrospecto histórico, pode-se informar que foi com o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que o instituto apresentou seus primeiros sinais, visto que isentava de penhora alguns bens do devedor executado, sem, entretanto, ainda excluir da execução a moradia (AZEVEDO, 1974).

Não obstante, a primazia da discussão da matéria concernente ao *homestead* coube, efetivamente ao deputado baiano Leovigildo Filgueiras que, em 1893, apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei contendo a disposição referente à instituição americana do bem. O aludido projeto, de número 10, enumerou os bens que, além dos que constavam no artigo 529 do Regulamento nº 737, não estariam sujeitos à penhora. Contudo, embora este projeto apresentasse aspectos contemporâneos para a época, principalmente no que dizia respeito à possibilidade de se estenderem seus efeitos aos móveis que guarneciam o lar, nunca chegou a ser discutido pela Câmara de Deputados (SANTOS, 2003).

Em 1893, entretanto, foi a vez de Coelho Rodrigues apresentar seu Projeto de Código Civil, o qual, nos artigos 2.079 *usque* 2.090, tratava do *homestead* sob o título de “lar de família”. Segundo o magistério de Santos (2003), o assunto foi abordado de forma criteriosa, constituindo-se em um patrimônio da família, criado pelos cônjuges ou até mesmo por terceiros. Suas principais características eram a inalienabilidade e a indivisibilidade durante o casamento, e, até mesmo, após este, enquanto permanecesse viúva a mulher e perdurasse a menoridade dos filhos. Todavia, o aludido projeto ainda não tornava impenhorável o denominado “lar de

família”, o que o descaracteriza em muito do instituto originário do *homestead*. De toda sorte, o projeto de autoria de Coelho Rodrigues não foi aceito, de maneira que a matéria em questão, nem ao menos chegou a ser discutida no Congresso. Na realidade, sua adoção, sob a denominação proposta por Rodrigues, somente foi sugerida quando da apresentação ao governo, de novo Projeto ao Código Civil, de autoria de Clóvis Beviláqua. Oportuno referir que, apesar da existência de outros projetos e discussão sobre a matéria do *homestead*, o projeto de Beviláqua não previa a regulamentação do instituto, visto que coube a uma comissão, e, mais precisamente, à Comissão Especial do Senado, presidida por Feliciano Penna, em 1º de dezembro de 1912, apresentar parecer mandando incluir quatro artigos³⁷ ao Código vigente da época.

Outros projetos foram apresentados relativamente ao instituto. Em 5 de outubro de 1903, o deputado paulista Francisco de Toledo Malta apresentou perante à Câmara de Deputados, um projeto de instituição do *homestead*, o qual tinha como título “a isenção da penhora ao imóvel rural”. O intuito teria sido a fixação do homem à terra, uma vez que exigia a exploração direta, bem como a moradia no imóvel pelo proprietário. Entretanto, como o próprio título do projeto referia, não previa a hipótese da incidência do instituto sobre o imóvel urbano, muito embora reconhecesse expressamente a impenhorabilidade do imóvel, sendo extensiva aos móveis, utensílios e animais que integrassem o bem.

Além disso, de acordo com Santos (2003), em que pese apresentasse aspectos de vanguarda, indicava posição extremamente retrógrada ao determinar a extinção do instituto com o falecimento dos pais, justamente no momento em que o bem mais se fazia necessário, ainda mais na existência de filhos menores. Não obstante, tal projeto não teve andamento e, assim como os anteriores, seu destino foi o arquivamento e conseqüente esquecimento no Congresso Nacional. Contudo, não tardou muito e, em 1910, Esmeraldino Bandeira, então Ministro da Justiça,

³⁷ CAPÍTULO V. DO BEM DE FAMÍLIA. Art. 70. É permitido aos chefes de família **destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas**, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado. Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutível em virtude do ato da instituição. Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais. Art. 73. A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado. (grifo nosso)

propôs Projeto de Código de Processo Civil para o Distrito Federal, o qual chegou, inclusive, a ser aprovado por força do Decreto 8.332, de 03 de novembro de 1910, que, através de seu artigo 837, regulamentava a isenção da penhora, claramente inspirada no *homestead*. Entretanto, embora aprovado, a execução do referido decreto foi suspensa em razão de Decreto 8.435, de 14 de dezembro do mesmo ano, aguardando pronunciamento do Congresso, o qual nunca se manifestou a respeito.

Na verdade, a inserção do significante em tela ao sistema normativo civilista brasileiro, ocorreu no Código Civil de 1916, com a sua regulamentação nos artigos 70 a 73, conforme citado supra. Sua introdução ocorreu no livro dos bens em virtude da preocupação do legislador em resguardar o aspecto material sobre o objeto no qual recaia o bem de família, mormente, por força dos efeitos dele decorrente, ou seja, a impenhorabilidade e a inalienabilidade, vindo a ser, todavia, em detrimento da própria finalidade do instituto, qual seja, a intenção de proteger a família contra toda sorte de intempéries econômicas que pudesse atingi-la. Embora Beviláqua rechaçasse sua inserção no livro dos bens, por tratar-se de preceito específico ligado à instituição da família, a matéria permaneceu regulada na parte geral do Código. De qualquer modo, oportuno dizer que o antigo Código Civil traçou linhas mestras do instituto, sobretudo ao agasalhar matéria de ordem processual relativamente ao procedimento. Contudo, o passar do tempo apontou lacunas e omissões no tratamento atinente à matéria, de maneira a ensejar a edição de várias leis visando a complementar o assunto (SANTOS, 2003).

E, efetivamente, foi o que ocorreu. Santos (2003) explica que, com a unificação do Código de Processo Civil pátrio³⁸, pela edição do Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, veio a ser regulamentado, nos artigos 647 a 651, o procedimento a ser observado por ocasião da instituição do benefício. A providência foi oportuna, visto que o Código Civil de 1916, por regular matéria de direito objetivo, não possuía alcance necessário para abranger as normas de direito subjetivo, imprescindíveis à constituição do bem de família. Com a posterior edição do atual

³⁸ O processo civil brasileiro era matéria de competência estadual, por força da descentralização promovida pela Constituição de 1891, cuja outorgou aos Estados a faculdade de legislar sobre processo civil e comercial, fato este que somente veio a ser modificado na Constituição de 1934, onde foi transferida à União essa prerrogativa, posteriormente ratificado na Constituição de 1937. Contudo, somente em 1939 com a edição do Decreto-lei 1.608, que restaurou-se a unidade política do País, além de atender aos anseios da unificação da ciência processual. (SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de família: voluntário e legal. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.)

Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, as disposições do antigo código de processo restaram vigentes por expressa previsão legal inserta no inciso VI do artigo 1.128 do novo estatuto processual. No entanto, em que pese o advento do CPC de 1939 ter complementado, no plano processual, o instituto do bem de família, ainda havia falhas gritantes na órbita do direito material, principalmente no que dizia respeito ao valor e ao objeto. Por conseguinte, em 19 de abril de 1941, através do Decreto-lei 3.200, por meio de seus artigos 19 *usque* 23, o instituto do *homestead* alcançou feição mais completa, ao ter por escopo estimular a utilização deste. As modificações, contudo, mostraram-se insuficientes, na medida em que conservavam os vícios originários do instituto, isto é, a extrema burocracia aliada à manifestação da vontade do instituidor.

Mais tarde, com a promulgação da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a Lei dos Registros Públicos, veio a ser regulamentada toda matéria atinente ao processo de instituição do bem de família, respectivamente em seus artigos 260 a 265, de modo a restar revogado o artigo 1.218, VI, do CPC de 1973. Entretanto, oportuno referir que não houve modificação substancial no rito procedimental do instituto, visto que o legislador de 1973 decidiu incorporar os artigos do revogado Código de Processo Civil de 1939 com breves alterações (SANTOS, 2003).

Posteriormente, na década de 90, consoante Carli (2009), o legislador infraconstitucional editou a Lei 8.009, de 29 de março, que estabeleceu o bem de família legal, que representou um verdadeiro avanço no instituto do bem de família, eis que retirou do âmbito da penhora, independentemente da vontade do indivíduo, o bem imóvel onde reside a entidade familiar. Ressalta-se, todavia, que o mencionado diploma legal trouxe algumas exceções à regra da impenhorabilidade e, quase todas, de constitucionalidade duvidosa. Conquanto seja pertinente à análise de cada uma delas, no presente trabalho, estudar-se-á tão somente, a hipótese inserida no inciso VII do artigo 3º, a qual trata sobre a penhorabilidade do bem do fiador decorrente de contrato de locação.

E, diga-se, tal foi a revolução desencadeada pela Lei 8.009 que criou-se um novo instituto de bem de família vindo este a ser expresso na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual instituiu o novo Código Civil. O novel diploma, por derradeiro, veio regular o bem de molde a propiciar-lhe a efetividade que o Código anterior não conseguiu. Desta feita, o legislador pátrio, atendendo a rigor a finalidade do instituto, inseriu-o adequadamente no livro do Direito de Família, respectivamente, nos

artigos 1.711 a 1.722, perfazendo profundas e substanciais alterações, tais como a possibilidade de instituí-lo por testamento bem como a limitação do valor do bem a um terço do patrimônio líquido dos instituidores. Além disso, criou-se, seguramente, a maior novidade relativa à matéria, ou seja, a possibilidade do instituto abranger valores mobiliários, tendo por alvo destinar a renda à conservação do imóvel e ao sustento da família, limitando seu valor ao mesmo patamar do imóvel (SANTOS, 2003).

2.3.4 Espécies de bem de família: Voluntário e Legal

O sistema legislativo brasileiro, ao regulamentar o instituto do bem de família, visou a preservar o organismo familiar sobre o qual repousam as bases do Estado. Em decorrência, adveio a necessidade de uma reestruturação completa do benefício, com a criação de uma nova espécie, que garantisse impedir a completa desarticulação familiar em caso dos revezes da vida.

Nesse contexto, assesta a doutrina que há duas espécies de bem de família, as quais, segundo Hora Neto (2007), coexistem perfeitamente, posto que centradas em princípios semelhantes, ainda que apresentem requisitos diferentes e acarretem efeitos diversos. Deste modo, as espécies, hoje existentes, encontram-se classificadas em duas grandes categorias: a do bem de família voluntário ou decorrente da vontade dos interessados, e, a do bem de família involuntário ou legal, o qual, por não depender da manifestação da vontade do instituidor, resulta de estipulação legal, sendo norma de ordem pública.

Por conseguinte, de forma sumariada, examina-se as características principais de cada qual das espécies. Primeiramente, examine-se o bem de família voluntário, o qual originou-se do *homestead* americano, e que tinha por fim a isenção da penhora em favor da pequena propriedade.

Narra Hora Neto (2007), que, inicialmente, esta espécie era prevista no antigo Código Civil de 1916, que dele cuidava em seus quatro artigos (artigos 70 a 73), no livro dos bens. Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, sistematizou-se as regras atinentes ao benefício no direito de família, vindo a regular a matéria nos artigos 1.711 *usque* 1.722 do novo estatuto civil.

Em linhas gerais, o bem de família voluntário, como tal se acha regulado no

novo Código Civil, só pode ser constituído pela vontade expressa do instituidor. Assim, permite o artigo 1.711³⁹ do novel diploma, que o benefício seja constituído pelos cônjuges, entidade familiar ou terceiro, via escritura pública ou testamento, não podendo seu valor exceder a um terço do patrimônio líquido do instituidor existente ao tempo da instituição. Ao mesmo tempo, consoante Sander (2005), declara mantida as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecidas em lei especial. Deste modo, somente haverá necessidade de sua instituição pelos meios supra mencionados, na hipótese de o casal (ou entidade familiar), possuir vários imóveis e não desejar que o efeito da impenhorabilidade recaia sobre aquele de menor valor⁴⁰. Neste caso, o bem deverá ser instituído, reitera-se, mediante escritura pública ou testamento, e levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis⁴¹, vindo a ficar, desde então, isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio ou decorrentes de despesas condominiais, consoante preconiza o *caput* do artigo 1.715. Todavia, tal isenção durará somente enquanto viver um dos cônjuges (ou companheiros de união estável), ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioria⁴².

Além disso, em sua reestruturação, a nova ordem vinculou o bem de família voluntário imóvel ao móvel, visto que admite que o benefício se constitua em imóvel, seja urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, podendo abranger, inclusive, valores mobiliários⁴³, destinados estes à conservação do bem e sobrevivência da família. Ainda, expõe Sander (2005), tanto os móveis quanto aos

³⁹ 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. 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. (grifo nosso)

⁴⁰ Lei 8.009/90. Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. 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. (grifo nosso)

⁴¹ Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

⁴² Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioria.

⁴³ Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger **valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família**. (grifo nosso)

imóveis que integram o bem de família voluntário, devem sempre ligar-se à destinação residencial⁴⁴, não podendo, igualmente, virem a ser alienados sem o consentimento dos interessados ou de seus representantes legais, ouvido, a *custos legis*, o Ministério Público. Tornando impossível sua manutenção, poderá o Estado-Juiz, a pedido dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sua subrogação em outros⁴⁵. Por fim, no que concerne à extinção do benefício, ocorre ela com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que estes não estejam sujeitos à curatela⁴⁶, de modo que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o benefício⁴⁷.

No que toca à segunda espécie ao instituto do bem de família, é aquela que diz respeito ao bem de família legal. De maneira profícua, torna-se a dizer, esta categoria de bem de família, também denominada de obrigatória ou involuntária, adveio da Medida Provisória nº 143, de 08 de março de 1990, editada pelo então Presidente da República, José Sarney e, posteriormente, aprovada pelo Congresso Nacional, vindo a ser, em seguida, convertida na Lei 8.009, de 20 de março de 1990. Contudo, para chegar à lei atual, um longo e árduo caminho teve de ser percorrido pela doutrina, a qual há muito vinha criticando o tratamento do benefício disposto no Código Civil de 1916. De qualquer modo, a lei em questão materializou o que há tanto tempo era esperado (HORA NETO, 2007).

Assim, mister analisar alguns aspectos do benefício em questão. Entretanto, em síntese, cumpre dizer que, em sede de bem de família legal, o instituidor é o próprio Estado, pois resulta diretamente de lei, de ordem pública por excelência, em defesa do núcleo familiar, independentemente de ato constitutivo, sendo, portanto, dispensável o registro. Ainda, no que diz respeito ao objeto, descreve Hora Neto (2007), o imóvel residencial, urbano ou rural, é próprio do casal (ou da entidade familiar), assim como os móveis que guarnecem a residência do proprietário, independentemente de seu valor ou forma de constituição, sendo impenhoráveis por

⁴⁴ Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

⁴⁵ Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a subrogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

⁴⁶ Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

⁴⁷ Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

determinação legal, de forma a não responder por qualquer tipo de dívida, salvo exceções⁴⁸. No entanto, na hipótese de pluralidade de domicílios, a regra é a mesma prevista para o bem de família voluntário, qual seja, aquela constante no aludido parágrafo único do artigo 5º da lei de impenhorabilidade.

Nessa senda, uma vez expostos aspectos e características atinentes as duas espécies do instituto do bem de família, para fins didáticos, relevante discorrer a respeito de suas diferenças.

Quanto ao bem de família voluntário é ele constituído por ato da vontade do instituidor (se cônjuge, por escritura pública ou testamento; se terceiros, por testamento ou doação), ao passo que o bem de família legal, é constituído por ato do Estado, via Lei 8.009/90, independentemente da iniciativa do proprietário do imóvel. Enquanto que para o primeiro, seus efeitos só nascem com o registro da escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis ou quando da abertura do testamento, para o segundo, seus efeitos operam de imediato, bastando apenas que o imóvel sirva de residência para a família (HORA NETO, 2007).

No que tange ainda a suas diferenças, Hora Neto (2007) narra que, em relação ao valor do bem, para o benefício voluntário, não pode ele exceder a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, ao contrário do benefício legal, onde não há limite de valor para o bem, salvo no caso de pluralidade de domicílios. No tocante ao objeto, para a espécie do bem de família voluntário, é ele mais amplo, pois além do imóvel residencial com todas suas pertencas e acessórios, permite-se a instituição de valores mobiliários, cuja renda destina-se à conservação do próprio bem e à sobrevivência da família. Para o bem de família legal, a seu turno, quanto ao objeto, se estende a impenhorabilidade ao terreno, aos móveis que guarnecem a casa, às plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional. Em caso de extinção, alienação ou subrogação, quanto ao benefício voluntário, se faz imperioso a

⁴⁸ 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. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991). (grifo nosso)

interferência do Estado-Juiz, porquanto que, neste caso, ser o instituto impenhorável e inalienável, ocasionando uma verdadeira imobilidade patrimonial. Todavia, para o bem de família legal, em caso de extinção ou alienação, é bastante o ato de vontade do próprio proprietário, sem necessidade de interferência do Estado, visto a Lei 8.009/90 não ter previsto, junto da impenhorabilidade, a inalienabilidade.

Por derradeiro, nota-se que, muito embora o bem de família criado pela Lei 8.009/90, seja completamente diverso daquele que preconiza o novo Código Civil, em razão das inovações trazidas por este, o principal objetivo de ambos, ainda que diverjam em alguns aspectos, é a proteção à família, base da sociedade e célula master do Estado. A maneira como isto ocorre é garantindo um teto mínimo, capaz de abrigar ao indivíduo e sua família das intempéries da vida, o qual somente ocorre quando observado e materializado o direito à moradia.

3 LEI DO INQUILINATO: CONTRATO LOCATÍCIO E FIANÇA

3.1 O contrato de locação e a fiança locatícia

3.1.1 Do direito das obrigações à teoria geral dos contratos

Em sentido lato, a obrigação se identifica com qualquer espécie de dever moral, social, religioso ou jurídico. No campo jurídico, por exemplo, os juristas utilizam, algumas vezes, a palavra “obrigação” como sinônimo de dever jurídico. Tecnicamente, contudo, define-se obrigação como vínculo jurídico de caráter patrimonial, que recaia sobre uma pessoa em benefício de outra, relativamente a um bem, o qual se encontre no patrimônio do devedor. Seu conteúdo deve ser uma prestação possível, lícita, determinada ou determinável e que possua expressão econômica. De forma concisa, consoante Wald (2004), pode-se definir obrigação como o vínculo jurídico temporário pelo qual a parte credora, pode exigir da parte devedora, uma prestação patrimonial, acaso esta não venha a ser satisfeita espontaneamente.

É da essência da obrigação, portanto, que haja uma causa da qual ela nasça. Nesse diapasão, conforme lecionam Hironaka e Moraes (2008), sabe-se que o assunto remonta a épocas mais afastadas do direito romano, onde são encontrados dois textos de Gaio⁴⁹ sobre a matéria. Do primeiro, extrai-se que os romanos

⁴⁹ *Gaius* foi um célebre romano jurista. Estudiosos sabem muito pouco a respeito de sua vida pessoal, sendo impossível, inclusive, descobrir seu nome (*Gaius* ou *Caius*). Suas obras foram compostas entre os anos 130 e 180 d.C., e, após a sua morte, seus escritos foram reconhecidos como de grande autoridade. As obras destes jurista, conseqüentemente, se tornaram uma das mais importantes fontes de direito romano. Além das *Institutas*, que são uma completa exposição dos elementos do direito romano, *Gaius* foi o autor de um tratado sobre os decretos da Magistratura, de comentários sobre os Doze Quadros, bem como sobre a importante *Lex Papia*

conheceram apenas duas fontes de obrigação: o contrato e o delito. Contudo, após verificar-se que diversas figuras não se ajustavam nem em uma, nem em outra fonte, Gaio acrescentou uma expressão genérica à definição das fontes, no sentido amplo, capaz de abranger todas as possíveis causas das obrigações. Desta feita, elaborou o segundo texto, em que as obrigações ou teriam por fonte o contrato, ou o delito, ou, qualquer outra causa. Todavia, tal definição veio a ser aperfeiçoada pelas *Institutas* de Justiniano, o qual enumerou as seguintes fontes, quais sejam: o contrato, o delito, o quase-contrato e o quase delito. O contrato era o mais importante e resultava da convenção ou do pacto, isto é, de um regramento bilateral de condutas. O quase-contrato a este se assemelhava, faltando-lhe, porém, o acordo de vontades. O delito, por sua vez, consistia no ato ilícito doloso o qual gerava a obrigação de reparar o dano, assim como no quase-delito, embora este tivesse natureza culposa.

Pode-se ainda dizer, que no direito romano clássico não se confundiam os conceitos de obrigação e de débito. Consoante magistério de Wald (2004), a *obligatio* surgia em virtude de um contrato especial, de um *nexum*, o qual submetia a pessoa do devedor ao credor, em caso de não ser feito o pagamento da forma estipulada. Havia, assim, uma sujeição pessoal, de maneira a penhorar a liberdade do devedor a fim de garantir o pagamento do seu débito. Todavia, nas convenções que não tinham as características de contratos, como no caso de pactos, criava-se um débito sem que houvesse a *obligatio*, pois inexistia a ameaça de constrangimento pessoal do devedor. O *obligatus* era aquele que, com sua própria pessoa, garantia o pagamento da dívida, podendo ser tanto o devedor quanto o fiador. A execução, no caso de inadimplemento, era pessoal, realizando-se o *manus injectio*, em virtude do qual o credor podia vender o devedor como escravo ou utilizar-se diretamente de sua força de trabalho.

Assim, foram o *nexum*, como empréstimo, e a fiança, na forma de *sponsio*, os primeiros casos de obrigação no campo civil no direito romano, surgindo também, a obrigação no campo pessoal, em razão do furto, do dano e da injúria. Entretanto, com a *lex poetelia papira*, a execução perdeu seu caráter pessoal, vindo a ser substituída a *manus injectio* pela *pignoris capio*. A partir daí, a sanção pelo inadimplemento da obrigação deixou de ser exercida sobre o corpo do devedor e foi

Poppaea, e várias outras obras. Muitas citações de obras de *Gaius* ocorreu no *Digesto* de Justiniano, e assim adquiriu um lugar permanente no direito romano.

deslocada para seu acervo patrimonial. Assim, a garantia na obrigação, tendo deixado de ser pessoal para se tornar essencialmente patrimonial, estabeleceu no direito romano a perfeita identidade entre o débito e a obrigação, mas não por muito tempo, porquanto acabarem se confundindo na época de Justiniano (WALD, 2004).

Ainda, consoante Wald (2004), importa ressaltar que data do direito romano a distinção das obrigações em pessoais e reais, da qual decorreu a correspondente divisão dos direitos até hoje admitida, de maneira que os direitos podem ser exercidos sobre a própria pessoa do titular (direitos de personalidade), ou sobre um bem exterior de valor econômico (direitos patrimoniais). Portanto, o direito pode ser dividido em dois grandes ramos: o dos direitos não patrimoniais, referente à pessoa humana (o direito à vida, à liberdade etc.), e o dos direitos patrimoniais, de valor econômico, os quais, por sua vez, dividem-se em reais e obrigacionais. Os primeiros integram o direito das coisas, ao passo que os segundos, quais sejam, os obrigacionais, pessoais ou de crédito, compõem o direito das obrigações, objeto do presente estudo, nesta primeira etapa. Enquanto o direito real recai sobre a coisa, direta e imediatamente, vinculando-se a seu titular e conferindo-lhe o *jus perseguendi* (direito de seqüela), bem como o *jus praeferendi* (direito de preferência), podendo, tanto um como o outro, serem exercidos *erga omnes*, isto é, contra todos, o direito pessoal, a seu turno, confere ao credor o direito de exigir do devedor determinada prestação. Nessa esteira, define-se obrigação como o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de uma determinada prestação. De acordo com Gonçalves (2007), corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório, porquanto se extingue com o seu cumprimento, cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações, constituindo-se ele, pois, na garantia do adimplemento com que pode contar o credor.

No tocante à origem das obrigações, importa dizer que estas nascem de diversas fontes. Conforme Gonçalves (2007), quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge, então, a responsabilidade, que é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Sendo assim, diga-se que fonte de obrigações é o seu elemento gerador, o fato que lhe dá origem, de acordo com as regras do direito. No Código Civil brasileiro, considera-se como fonte das obrigações: a) os contratos; b) as declarações unilaterais de vontade; e, c) os atos

ilícitos dolosos e culposos, onde a lei aparece como fonte primária, uma vez que os referidos atos e negócios jurídicos somente geram obrigações porque assim o é disposto em lei. Pode-se afirmar que a obrigação resulta da vontade do Estado por intermédio da lei ou da vontade humana, que é manifestada no contrato, na declaração unilateral⁵⁰ ou na prática de um ato ilícito.

Concernente a seus elementos constitutivos, a obrigação compõe-se de três elementos essenciais: a) o subjetivo, relativo este ao sujeito ativo e passivo, isto é, ao credor e devedor; b) o vínculo jurídico existente entre eles; e, c) o objeto da relação jurídica. Assim, em relação ao primeiro elemento, os sujeitos da obrigação, tanto o ativo quanto o passivo, devem ser determinados ou, ao menos, determináveis e, caso incapazes, representados ou assistidos por seus representantes legais. No que diz respeito ao vínculo, resulta ele de diversas fontes e sujeita o devedor à determinada prestação em favor do credor. Divide-se este em débito e responsabilidade. O primeiro, também chamado de vínculo pessoal, une o devedor ao credor e exige que aquele cumpra pontualmente a obrigação. O segundo, o vínculo material, confere ao credor não satisfeito o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, submetendo aos bens do devedor. Há, portanto, de um lado, o dever da pessoa obrigada (*debitum*), e de outro a responsabilidade, em caso de inadimplemento. Quanto ao objeto da obrigação, é sempre uma conduta humana (dar, fazer e não fazer) e chama-se “prestação”. O objeto da prestação é o objeto imediato da obrigação. Há de ser lícito, possível, determinado ou determinável⁵¹, e, suscetível de apreciação econômica. Atinente ao objeto, será lícito quando não contrariar a lei, a moral e os bons costumes, sendo nula, de plano, a obrigação de objeto ilícito, impossível e indeterminável⁵² (GONÇALVES, 2007).

Quanto às modalidades, o Código Civil, inspirado na técnica romana, classificou as obrigações, quanto a seu objeto, em três espécies, quais sejam, a obrigação de *dar*, de *fazer* e *não fazer*, sendo, portanto, duas positivas e uma

⁵⁰ O Código Civil prevê quatro espécies de atos unilaterais: promessa de recompensa (arts. 854 a 860), gestão de negócios (arts. 861 a 875), pagamento indevido (arts. 876 a 883), e, enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

⁵¹ Código Civil. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵² Art. 166. **É nulo o negócio jurídico** quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (grifo nosso)

negativa, de maneira que todas as obrigações que venham a se constituir na vida jurídica, compreenderão sempre algumas dessas condutas. De acordo com Wald (2004), as obrigações são *positivas* quando à prestação do devedor implica em dar ou fazer alguma coisa e, *negativas*, quando importarem numa abstenção.

No tocante à obrigação de dar, consiste em transferir a posse ou transmitir a propriedade de um objeto ao credor. Conforme afirma Gonçalves (2007), divide-se em obrigação de dar coisa certa e obrigação de dar coisa incerta. Na primeira, obriga-se o devedor a dar coisa individualizada, que se distinga por características próprias, sendo móvel ou imóvel, conferindo ao credor direito pessoal e não real. Cumpre-se tal obrigação mediante à entrega ou a restituição, que ocorre através da *tradição*. Como no direito brasileiro o contrato, por si só, não transfere o domínio, mas apenas gera a obrigação de entregar a coisa alienada, enquanto não ocorrer a tradição, a coisa continuará a pertencer ao devedor. Além disso, importa dizer que, até a tradição, todos os riscos correm por conta do *tradens* (transmitente) que tem a propriedade do bem.

Ademais, em caso de perecimento⁵³ (perda total) ou de deterioração⁵⁴ (perda parcial) da coisa antes da tradição, é preciso, primeiramente, verificar se o fato decorreu de culpa ou não do devedor, porquanto que, em havendo, a mesma enseja o pagamento de perdas e danos. No caso de restituição, o credor também poderá exigir o equivalente em dinheiro, mais as perdas e danos. No silêncio das partes, o princípio básico aplicável é o da responsabilidade decorrente de culpa, devendo o inadimplente provar que não houve culpa de sua parte, visto ser ela presumida, enquanto este estiver de posse da coisa. Na verdade, vaticina Wald (2004), a responsabilização visa a colocar o credor na posição em que estaria, se a obrigação tivesse sido cumprida, de forma a abranger o dano causado (*damnum emergens*) e lucro cessante (*lucrum cessans*).

Quanto à obrigação de dar coisa incerta, a expressão indica que a obrigação

⁵³ Não tendo havido culpa deste (em razão da caso fortuito ou de força maior, por exemplo), ou pendente condição suspensiva, fica resolvida a obrigação de ambas as partes, as quais voltam a primitiva situação. Já em caso de culpa, acarreta ela a responsabilidade pelo pagamento de perdas e danos. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Geral. v. 5. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.)

⁵⁴ Se não houver culpa na obrigação de entregar, poderá o credor resolver a obrigação, por não lhe interessar receber o bem danificado, voltando as partes, neste caso, ao estado anterior, ou, aceitá-lo no estado em que se acha, com abatimento do preço. Já, em havendo culpa, as alternativas deixadas ao credor são as mesmas do artigo 235 do Código Civil, mas com direito à indenização das perdas e danos. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Geral. v. 5. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.)

tem objeto indeterminado, mas não totalmente, porque devem ser indicados, ao menos, o gênero e a quantidade. A incerteza da coisa não significa indeterminação, mas determinação genericamente feita. É, portanto, indeterminado, mas determinável. A determinação ocorre pela escolha, a qual compete ao devedor, se o contrato não dispuser o contrário, não lhe sendo lícito, todavia, escolher a pior qualidade, bem como não ser obrigado a dar as melhores unidades. Feita esta, acaba a incerteza e a coisa torna-se certa, vigorando, então, as normas que tratam da obrigação de dar coisa certa (WALD, 2004).

Importa dizer que enquanto a obrigação de dar coisa certa consiste em entregar coisa infungível (uma casa de cor amarela na rua tal, por exemplo), nas obrigações de dar coisa incerta, o devedor se compromete a fornecer coisa fungível (tantos metros de tecido, por exemplo). Desta feita, a importância básica da distinção é devida ao fato de ser imperecível o gênero, pois enquanto a coisa certa pode ser destruída, ou deteriorada, a coisa incerta, sendo de determinada quantidade de unidades de certa espécie, jamais irá perecer, somente se admitindo a impossibilidade de adimpli-la quando a coisa inexistir no mercado. Além disso, na obrigação de dar coisa certa, a obrigação pode ser cumprida desde logo, ao passo que na coisa incerta, necessita de um ato preparatório individualizante do objeto que precede ao pagamento. Essa escolha é denominada de *concentração* e é em virtude dela que a coisa incerta se transforma em coisa certa (WALD, 2004).

Outra modalidade de obrigação é a classificada como obrigação de fazer. Nela, segundo Gonçalves (2007), a prestação consiste em atos ou serviços a serem executados pelo devedor. Diferem das obrigações de dar, principalmente por que o credor pode, conforme as circunstâncias, não aceitar a prestação por terceiros, enquanto nestas admite-se o cumprimento por outrem. Entretanto, quando for convencionado que será o devedor quem deva cumprir pessoalmente a prestação, ou a própria natureza desta impedir sua substituição, está-se diante de obrigação de fazer personalíssima, infungível ou imaterial. Neste caso, a infungibilidade pode decorrer da própria natureza da prestação, ou seja, das qualidades artísticas ou profissionais do contratado (famoso pintor, por exemplo), sendo, nesta hipótese, subentendido que o devedor a cumpra pessoalmente. Em caso de recusa do devedor em cumprir a prestação a ele somente imposta no contrato, ou só por ele exequível, devido suas qualidades pessoais, haverá responsabilização pelo pagamento das perdas e danos. Todavia, quando não houver tal exigência, nem se trate de ato ou

serviço cuja execução dependa de qualidades pessoais do devedor, diz-se que a obrigação de fazer é impessoal, fungível ou material. Importa esclarecer, ainda, que a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação de fazer, bem como a recusa em executá-la, acarretam inadimplemento contratual. No entanto, se a prestação de fato torna-se impossível, e, em não havendo culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação, ao passo que, do contrário, responderá ele por perdas e danos (GONÇALVES, 2007).

As obrigações ainda podem ser omissivas, importando em um *non facere*, conforme esclarece Wald (2004). Trata-se das obrigações de não fazer, ou também conhecidas por *negativas*, porquanto impõem ao devedor um dever de abstenção, qual seja, o de não praticar o ato que poderia livremente fazer se não se houvesse obrigado, como no caso, por exemplo, do adquirente que se obriga a não construir no terreno adquirido, prédio além de certa altura. São obrigações de não fazer que a lei reconhece como válidas e lícitas, somente contrariando o direito, quando vierem a cercear a liberdade individual a tal ponto de infringir a ordem pública. Se praticado o ato, torna-se a parte inadimplente, podendo o credor exigir o desfazimento do que foi realizado, sujeitando o devedor ao pagamento de perdas e danos como consequência do inadimplemento. Tal como ocorre nas obrigações de fazer, extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, torne-se impossível abster-se do ato que se obrigou a não praticar. Assim, por exemplo, o devedor que prometeu manter cercas vivas, não pode deixar de atender determinação de autoridade competente para construir um muro ao redor de sua residência.

Por derradeiro, esclarece Gonçalves (2007), as obrigações também têm um ciclo vital: nascem de diversas fontes⁵⁵, vivem e desenvolvem-se por meio de suas várias modalidades⁵⁶, e, finalmente, extinguem-se. Essa extinção ocorre, em regra, pelo seu cumprimento, o qual o Código Civil denomina de *pagamento*. Contudo, embora essa palavra seja usada, comumente, para indicar a solução em dinheiro de alguma dívida, o legislador a empregou no sentido técnico-jurídico de execução por qualquer espécie de obrigação⁵⁷. Pagamento significa, pois, o cumprimento ou o adimplemento da obrigação, podendo ser de maneira direta ou indireta. Entre os

⁵⁵ São fontes: a lei, o contrato, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos.

⁵⁶ As modalidades de obrigações são: dar, fazer e não fazer.

⁵⁷ Assim, paga a obrigação o escultor que entrega a estátua que lhe havia sido encomendada, por exemplo.

diversos meios indiretos encontram-se o pagamento por consignação, a novação, a compensação, a transação etc. Todavia, além do meio normal de pagamento, importa referir que a obrigação pode extinguir-se também por meios anormais, isto é, sem pagamento, como no caso da impossibilidade de execução sem culpa do devedor, do advento do termo e da prescrição.

Não obstante, uma vez superada pretensa conceituação e definição acerca das obrigações, muito embora não se tenha a intenção de esgotar o tema, mas tão somente em tecer breves comentários a respeito deste, mister elucidar um pouco melhor uma de suas principais fontes, qual seja, os contratos.

A doutrina se divide em duas grandes vertentes quando se trata de definir o que seja contrato. De acordo com Silveira (2006), há uma corrente que amplia o conceito ao afirmar que os contratos são todos os atos jurídicos bilaterais e patrimoniais, ao passo que a segunda sustenta a limitação deste conceito, porquanto apenas o designa como negócio jurídico bilateral criador de obrigação. Como o Código Civil brasileiro não define textualmente o que sejam contratos, para efeitos deste trabalho monográfico, entende-se sua conceituação como o negócio jurídico bilateral, visando a criar, a modificar ou a extinguir obrigações.

Surgido no direito romano, em clima de formalismo, de inspiração religiosa, o contrato se firmou no direito canônico, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Assim, oriunda dos canonistas, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei. De acordo com Wald (2004), surge assim o princípio da *pacta sunt servanda*.

Cabe aduzir que a idéia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em pé de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para os contratos nos códigos francês e alemão. Todavia, essa espécie de contrato representa uma pequena parcela no mundo negocial, haja vista que o Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, a fim de assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo ao plano secundário. Tal situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar assim, nos dizeres de Gonçalves (2000), que a força obrigatória dos

contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum, porquanto ter o contrato uma função social.

Todavia, para que os contratos tenham validade, convém observar certos requisitos ou condições, consubstanciados em duas espécies: a) de ordem geral, comum a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei; e, b) de ordem especial, isto é, o consentimento específico e o acordo de vontades. No tocante aos requisitos de ordem geral, crucial tecer algumas considerações pertinentes aos mesmos. Assim, concernente à capacidade dos contratantes é este o primeiro requisito para a validade dos contratos. Se o agente for incapaz (absoluta ou relativamente), serão nulos ou passíveis de anulação seus atos. Quanto ao objeto, há de ser lícito de modo a não atentar à lei, a moral e os bons costumes. Além disso, deverá ser possível, determinado ou determinável e economicamente auferível. Outro requisito importante para a validade do negócio jurídico é aquele que observa a forma, a qual dever ser prescrita ou não defesa em lei. Em regra, a forma é livre, de maneira que as partes podem celebrar o contrato por escrito ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, seja ela pública ou particular (GONÇALVES, 2000).

Atinente ao segundo requisito, qual seja, de ordem especial, próprio dos contratos, preleciona Gonçalves (2000) ser aquele referente ao consentimento recíproco, ou acordo de vontade, como dito anteriormente. Assim, deve ser ele livre e espontâneo, sob pena de vir a ter sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico⁵⁸. Além disso, no que diz respeito à manifestação da vontade, pode ser ela tácita ou expressa. Expressa será aquela exteriorizada verbalmente, por escrito, de forma inequívoca, de modo que o silêncio somente pode ser demonstrado como manifestação tácita da vontade, quando a lei assim der a ele tal efeito.

Além disso, imprescindível dizer que o contrato resulta de duas manifestações de vontade: a *proposta* e a *aceitação*. A primeira, também denominada de oferta, *policitação* ou *oblação*, dá início à formação do contrato e não depende, em regra, de forma especial; é considerada como a primeira

⁵⁸ Os defeitos do negócio estão positivados nos arts. 138 *usque* 165 do Código Civil. São eles: erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão, e, fraude contra credores.

declaração de vontade da relação contratual. Antes, porém, há uma fase, às vezes prolongada, de negociação preliminar, notadamente conhecida por fase da *punção*. Neste caso, as partes ainda não manifestaram a sua vontade, não havendo, por consequência, nenhuma vinculação ao negócio, podendo, qualquer delas, afastar-se simplesmente, alegando desinteresse, sem responder por perdas e danos, visto que a proposta vincula o proponente, de maneira que sua retirada o sujeita ao pagamento de perdas e danos, caso este não tenha expresso que a mesma não seria definitiva. No que toca à aceitação, é ela a concordância com os termos da proposta. É a manifestação de vontade imprescindível para que se repute concluído o contrato. Para tanto, deve ser pura e simples. Caso apresentada fora do prazo, com adição, restrição ou modificações, importará em nova proposta, comumente conhecida de *contraproposta*. Além disso, pode ser a aceitação expressa ou tácita. A primeira decorre da declaração do aceitante, manifestando sua anuência. A segunda, por sua vez, origina da conduta reveladora do consentimento. Assim, os contratos aperfeiçoam-se com a aceitação, reputando-se concluídos (GONÇALVES, 2000).

Desta feita, observa-se que os contratos, assim como as obrigações, igualmente, têm um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que são próprios e extinguem-se. A extinção dá-se, em regra, pela execução, seja instantânea, diferida ou continuada. Conforme Gonçalves (2000), o cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor, comprovando-se o pagamento pela quitação fornecida pelo credor. É este o meio normal de extinção do contrato. Contudo, algumas vezes, o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que a obrigação tenha sido cumprida, de maneira que várias causas acarretam sua extinção normal, sendo algumas anteriores ou contemporâneas⁵⁹ à formação do contrato e outras supervenientes⁶⁰.

Nesse sentido, uma vez transposta pretensa conceituação e definição dos contratos, mister classificá-los para uma maior compreensão didática atinente a estes, haja vista se revestir de importância prática. Cada contrato, pois, apresenta

⁵⁹ São causas anteriores ou contemporâneas a formação do contrato: a) defeitos decorrentes do não preenchimento de seus requisitos subjetivos (capacidade das partes e livre consentimento), objetivos (objeto lícito e possível), e, formais (forma prescrita em lei), que afetam sua validade de forma a acarretar nulidade absoluta ou relativa; b) implemento de condição resolutiva (expressa ou tácita); e, c) exercício do direito de arrependimento convencionado.

⁶⁰ São causas supervenientes: a) resolução (como consequência do inadimplemento voluntário, involuntário ou por onerosidade excessiva); b) resilição (pela vontade de um ao de ambos os contratantes); c) morte de um dos contratantes (se o contrato foi *intuitu personae*); e, d) rescisão.

vestes diversas e classificá-los é uma premissa inicial para atingir a natureza jurídica e, conseqüentemente, seus efeitos. Assim, consoante Venosa (1997), a classificação serve para posicionar corretamente o negócio jurídico.

Antes, porém, imprescindível um rápido retrospecto histórico. O próprio Venosa (1997) lembra que no direito romano, a classificação dos contratos deu-se com as *Institutas* de Gaio, através de quatro categorias: reais, verbais, literais e consensuais. Os contratos reais seriam aqueles que implicariam na entrega de alguma coisa. Os contratos verbais seriam aqueles que se formavam com o pronunciamento de certas palavras, pois a obrigação nascia de uma resposta que o futuro devedor dava à pergunta feita pelo futuro credor. Já os contratos literais seriam aqueles que necessitavam da escrita, ao passo que os contratos consensuais se perfaziam pelo simples consentimento das partes, independentemente de qualquer forma verbal ou escrita, ou mesmo, da entrega da coisa.

No direito moderno, relata Gonçalves (2000), atende-se a vários critérios para categorizar os contratos a fim de fixar seu conteúdo, tanto o é que o Código Civil disciplina dezesseis espécies. Nessa toada, importante salientar que os contratos classificam-se em diversas modalidades, subordinando-se a regras próprias ou afins, conforme as categorias em que se agrupam. Dividem-se, assim, quanto aos efeitos, quanto à formação, quanto ao momento de sua execução, quanto ao agente, quanto ao modo por que existem, quanto à forma, quanto ao objeto e, por fim, quanto à designação. Tecendo breves comentários, pode-se explicitar as modalidades em questão.

Assim, no tocante aos efeitos, podem ser: a) unilaterais, bilaterais e plurilaterais⁶¹; b) gratuitos e onerosos; subdividindo-se, este último, em comutativos e aleatórios⁶². Em relação à formação, os contratos podem ser paritários, de adesão

⁶¹ *Unilaterais* são contratos que criam obrigações unicamente para apenas uma das partes. Já, os *bilaterais* são aqueles que geram obrigações para ambos os contratantes. Como são obrigações recíprocas, são consideradas sinalagmáticas, isto é, há reciprocidade de prestação. Em relação aos contratos *plurilaterais*, são os que contêm mais de duas partes. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶² *Gratuitos* ou benéficos são os contratos em que apenas uma das partes aufere vantagem, ao passo que, para outra, há obrigação, sacrifício. Nos *onerosos*, contudo, ambos os contratantes obtêm proveito. Necessário aduzir ainda que os contratos onerosos se subdividem em *comutativos* e *aleatório*. Os primeiros dizem respeito aos contratos de prestações certas e determinadas. Os contratos aleatórios, ao contrário, caracterizam pela incerteza para ambas as partes. Não por menos o vocábulo aleatório origina-se do latim *alea* cujo significa sorte, risco, acaso. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo:

e os contra-tipos⁶³. Já, no que concerne ao contrato de execução instantânea, diferida ou de trato sucessivo, leva-se em consideração o momento em que os contratos devem ser cumpridos. Assim, são de execução instantânea os que se consumam num só ato, sendo cumpridos imediatamente após sua celebração, como no caso da compra e venda. De execução diferida são os contratos que devem ser cumpridos em um só ato, porém, em um momento futuro. Contratos de trato sucessivo ou de execução continuada são os que se cumprem por meio de atos reiterados, como no caso da compra a prazo (GONÇALVES, 2000).

Quanto ao agente, caracterizam-se em: a) personalíssimos (*intuitu personae*) e im pessoais⁶⁴; b) individuais e coletivos⁶⁵. No que concerne ao modo por que existem podem assim ser classificados em principais, acessórios e derivados ou subcontratos⁶⁶. Ainda, atinente à forma, podem ser: a) solenes (ou formais) e não solenes⁶⁷; b) consensuais ou reais⁶⁸. O objeto, a seu turno, pode ser em

Saraiva, 2000.)

⁶³ *Paritário* são aqueles contratos do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições por se encontrarem em pé de igualdade. Os contratos de *adesão*, no entanto, não permitem essa liberdade em decorrência da preponderância da vontade de uma das partes que elabora todas as cláusulas, como no caso, por exemplo, dos contratos celebrados com as concessionárias de serviço público (água, luz etc). Já, os *contra-tipo*, também denominados de contrato de massa, aproximam-se do contrato de adesão por serem apresentados prontos por uma das partes, diferindo, todavia, do mesmo, por admitirem discussão a respeito de seu conteúdo. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶⁴ Contratos *personalíssimos* são os celebrados em atenção as qualidades pessoais de um dos contratantes, de modo que, por esta razão, não pode fazer substituir-se por outrem, ao passo que nos contratos *impessoais* as prestações podem ser cumpridas, indiferentemente, pelo obrigado ou por terceiro. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶⁵ Em relação aos contratos *individuais* referem-se eles a vontade, a qual é individualmente considerada, ainda que envolva várias pessoas. Nos *coletivos*, perfazem-se estes pelo acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas de direito privado, representativas de categorias profissionais. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶⁶ *Principais* são os contratos que tem existência própria e não dependem, pois, de qualquer outro, como no caso do contrato de locação. Já, os *acessórios* são aqueles que, justamente, têm a sua existência subordinada a do contrato principal. É o caso da fiança. Contratos *derivados* ou *subcontratos* são os que tem por objeto direitos estabelecidos em outros contratos, denominados de básico ou principal. Ex.: Sublocação. Embora tenha em comum características dos acessórios, por ambos dependerem de um contrato principal, diferem pelo fato de o derivado participar da própria natureza versada no contrato base. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶⁷ Contratos *solenes* são aqueles que devem obedecer a forma prescrita em lei para se aperfeiçoarem. *Não solenes*, todavia, tem forma livre, bastando apenas o consentimento para a sua formação. Como a lei não reclama nenhuma formalidade, podem eles ser celebrados de qualquer forma, inclusive a verbal. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.)

⁶⁸ Contratos *consensuais*, trata-se daqueles que se aperfeiçoam com o consentimento, isto é, com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa e da observância da forma. Os contratos *reais*, contudo, exigem, para se aperfeiçoarem, não somente o consentimento, mas a entrega da coisa que lhe serve de objeto, como no caso do contrato de depósito. (GONÇALVES,

preliminares (*pactum de contrahendo*) e definitivos. Por fim, em relação às modalidades de contratos, resta explicitar no que concerne à designação, os quais podem ser tanto nominados (típicos), quanto inominados (atípicos), mistos ou coligados. Inicialmente, importante esclarecer, nominados são aqueles que tem designação própria, ao passo que inominados são os que não tem. *Típicos* são os regulados pela lei e *atípicos* os que resultam de um acordo de vontades não tendo, contudo, com requisitos definidos e regulamentados no ordenamento jurídico. Contratos *mistos* resultam da combinação de um contrato típico juntamente de cláusulas criadas pela vontade dos contratantes, constituindo-se, pois, em um contrato único. Contratos *coligados* seriam vários contratos celebrados pelas partes e interligados entre si. A coligação passa a existir quando a reunião é feita com dependência, isto é, com um contrato relacionado com outro, por se referirem a um negócio complexo. Contudo e apesar disso, conservam sua individualidade (GONÇALVES, 2000).

Nessa linha, relatado breve esboço da classificação dos contratos, imprescindível ater-se na modalidade objeto de estudo, qual seja, o contrato de locação, foco do próximo tópico.

3.1.2 Dos contratos em espécie: o contrato de locação

No direito romano, vários contratos foram abrangidos pela denominação de *locatio conductio*, que se subdividia em três modalidades: a *locatio rei* – locação de coisas, a *locatio operis faciendi* – locação de obra ou empreitada, e, a *locatio operarum* – locação de serviços. Todavia, conforme ensina Wald (2004), a evolução do direito alterou a classificação romana de modo que os Códigos mais recentes passaram a disciplinar o contrato de prestação de serviços, de empreitada, dentre outros, como figuras autônomas, de forma que a locação passou a ficar restrita à de coisas, vindo a ter, para os imóveis, um regime especial.

Assim, locação de coisas, segundo o Código Civil é contrato pelo qual uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e o gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição⁶⁹. A parte que cede o uso e gozo diz-se locador, senhorio ou arrendador; a que recebe a coisa chama-se

⁶⁹ Carlos Roberto. Direito das Obrigações. Parte Especial. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.) Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição

locatário, inquilino ou arrendatário. Nessa senda, verifica-se que há três elementos fundamentais para que se configure a locação de coisas: o objeto, o preço e o consentimento (GONÇALVES, 2000).

Prates (2004), vai ao encontro ao conceito mencionado por Gonçalves. Não obstante, chama a atenção sobre outros elementos, como em relação à capacidade das partes, as quais devem ser capazes. No que diz respeito à forma do contrato, não sendo este do tipo solene, pode ser convencionado por escrito ou verbalmente. Entretanto, há situações que exigem sua feitura por escrito, como no caso da Lei do Inquilinato, em relação aos contratos por ela regidos, bem como no que diz respeito à fiança, uma das modalidades de garantia nas locações, a qual não admite forma verbal. Isto, contudo, é o que dispõe o Código Civil brasileiro quanto à locação de prédio, diferenciando-se, todavia, da locação urbana, regida esta pela Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, ou seja, a Lei do Inquilinato.

A Lei do Inquilinato, portanto, dispõe sobre a locação de imóveis urbanos, de maneira que ficam fora de seu âmbito, aqueles destinados à exploração agrícola ou pecuária, bem como os imóveis rústicos. Na verdade, consoante Prates (2004), o que distingue os dois tipos de locação é a destinação, e não a sua localização. Deste modo, ainda que o imóvel se situe em zona rural, se a sua destinação for para fins residenciais, deve ser enquadrado como imóvel urbano, haja vista que as locações de imóveis rústicos, também denominada de arrendamento rural, está disciplinada no Estatuto da Terra⁷⁰. Além disso, a dita lei, igualmente, enumerou casos de locação por ela não abrangidos⁷¹, mas sim, pelo novo Código Civil.

No entanto, o contrato de locação em si, mais precisamente o regulado pela lei supra mencionada, é que requer atenção em razão do tema principal deste trabalho. Assim, far-se-á um estudo genérico e sistemático deste, com ênfase especial sobre os elementos básicos de sua estrutura.

⁷⁰ Decreto 59.566/66. Art. 3º. **Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural**, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei. (grifo nosso)

⁷¹ Lei 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. (grifo nosso)

Segundo Venosa (2001), em geral, o contrato de locação é bilateral, oneroso, comutativo, típico, geralmente consensual, não formal e de trato sucessivo. É bilateral em razão dele se originarem as obrigações para ambas as partes, visto que ambos contratantes têm obrigações e deveres. Oneroso, porque não há locação gratuita, haja vista que, se houvesse, estaria caracterizando não um contrato de locação, mas sim de comodato. Ademais, no contrato locatício, a carga contratual está repartida entre as partes, muito embora nem sempre em igual nível. O contrato também define-se como comutativo em virtude das prestações das partes contratantes serem de plano conhecidas. É típico porque é a forma contratual plenamente disciplinada em lei. Além disso, ainda em relação a sua conceituação, em sua origem, é consensual, em razão de se perfazer pelo simples consentimento das partes, seja formal ou não. Ainda, cumpre dizer que não dependendo de forma preestabelecida, é contrato não formal. Por fim, define-se, igualmente, de trato sucessivo por dever se protrair no tempo, haja vista que a coisa dada em locação o é por certo período de tempo, podendo ser este tanto determinado quanto indeterminado, mas sempre a prazo.

Venosa (2001) ainda leciona que o contrato locatício é de execução sucessiva em decorrência de as relações das partes se desenvolverem por um tempo mais ou menos longo devido à própria natureza da avença. Importa observar que, no tocante ao prazo, repisa-se, pode ser tanto determinado quanto indeterminado, tornando-se o primeiro em indeterminado, caso o inquilino permaneça no imóvel após findo o prazo contratual⁷². Importa frisar que há necessidade de se dar notícia à outra parte da intenção do contratante em terminar a vigência da avença nos contratos a prazo indeterminado, fazendo-o através da denúncia. Contudo, em havendo interesse de se dar continuidade ao contrato, ocorrerá a prorrogação, vindo esta a ser tácita, se continuarem os contratantes a cumprir o contrato sem qualquer manifestação de vontade específica, ou, expressa, quando da realização de um aditamento ao contrato, de modo a ocorrer uma renovação, caso as partes agreguem novas cláusulas, ou, uma recondução, se mantiverem-se as mesmas condições inicialmente pactuadas.

⁷² Lei. 8.245/91. Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. § 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário **continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado**, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato. (grifo nosso)

Destarte, mister esclarecer que o contrato de locação, como instrumento jurídico bilateral, envolve obrigações tanto para o locador (dar o uso e gozo da coisa, bem como garantir a utilização, mansa e pacífica do imóvel ao locatário), quanto para o locatário (pagar o aluguel convencionado, zelando pelo bom uso da coisa locada). No tocante ao locatário, a principal obrigação que lhe acarreta é, sem dúvida, o oferecimento de alguma garantia que assegure o cumprimento do contrato principal. Assim, diga-se que este oferecimento ao proprietário do imóvel ocorre através de três tipos de modalidades de garantias, as quais serão discutidas na sequência.

3.1.3 As garantias do contrato locatício

As obrigações de garantia, conforme Venosa (2001), são uma terceira modalidade de obrigação, ao lado das obrigações de meio e de resultado. O conteúdo da garantia, sempre a serviço de outra obrigação, é eliminar um risco que pesa sobre o credor. Para esse fim, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa, por si só, o adimplemento da obrigação. Trata-se, pois, de obrigação acessória à principal de modo que a noção de segurança se mostra então ligada à noção de garantia do cumprimento de obrigação.

Diante deste cenário, visando a assegurar maior efetividade ao pacto, o legislador criou formas de garantias. Assim, a atual Lei do Inquilinato admitiu quatro modalidades de garantia no contrato locatício, quais sejam, a caução, a fiança, seguro de fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, vedando a lei a utilização de mais de uma espécie em um mesmo contrato. Cada espécie de garantia possui características próprias e requisitos legais, que devem ser obedecidos pelas partes sob pena de terem a sua validade contestada em juízo. Contudo, oportuno dizer que a Lei 8.245/91 facultou a possibilidade de cobrança antecipada de aluguel até o sexto dia útil do mês vincendo⁷³, caso nenhuma garantia houver sido oferecida contratualmente. Na prática, todavia, não é o que acontece. Trata-se, a bem da verdade, de exceção que só encontra paralelo no caso de locação para temporada (PRATES, 2004).

Convém ainda observar que, relativamente à garantia oferecida, entendeu o

⁷³ Art. 42. Não estando a locação garantida por qualquer das modalidades, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo

legislador que esta somente estaria dispensada após o término do contrato, se estendendo, portanto, até a efetiva entrega das chaves, ou melhor dizendo, quando da devolução do imóvel⁷⁴, ressalvada disposição contratual em contrário. Contudo, em alguns casos, como na fiança, por exemplo, *a priori*, poderia o fiador pleitear sua exoneração antes da entrega do imóvel, amigável ou judicialmente, nos contratos de locação por prazo indeterminado, por força do artigo 835⁷⁵ do Código Civil. Entretanto, na prática, tal possibilidade torna-se inviável, haja vista que conforme reza a redação do artigo 2.036⁷⁶ do mesmo diploma legal, a locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida, de maneira que, conseqüentemente, permanece a competência da lei inquilinária, vigorando a garantia até a efetiva e cabal entrega das chaves. Por derradeiro, como não poderia deixar de ser, previu o legislador a substituição da garantia, em casos especiais, todas elas elencadas no artigo 40⁷⁷ da referida lei (PRATES, 2004).

Ademais, consoante Venosa (2001), sendo o contrato de locação um contrato dirigido, os instrumentos que garantem seu cumprimento e protegem o locador do inadimplemento também o são. Tais formas de garantias são muito importantes para o contrato de locação, tanto que, na prática, salvo exceções, o próprio nascimento do contrato de locação é subordinado à apresentação e aceitação das garantias oferecidas pelo locatário. Assim, a caução real, a fiança e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, podem vir disciplinadas no próprio contrato ou em instrumentos à parte, ao passo que o seguro de fiança locatícia, ainda que referido no contrato, somente em contrato autônomo. Não obstante, necessária uma abordagem individual, e com maiores detalhes, de cada uma das modalidades de garantia nos contratos de locação.

Quanto à caução, é uma garantia especial dada ao cumprimento da

⁷⁴ Lei 8.245/91. Art. 39. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida

⁷⁷ Art. 40. **O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia**, nos seguintes casos: I - morte do fiador; II - ausência, interdição, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; III - alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador; IV - exoneração do fiador; V - prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo; VI - desaparecimento dos bens móveis; VII - desapropriação ou alienação do imóvel. VIII - exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento; X - liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei. (grifo nosso)

obrigação. É uma obrigação acessória, assim como as demais modalidades, de modo que segue a sorte da principal. Pode ser legal, convencional ou judicial. Quanto a seu objeto, pode ser real ou pessoal, também chamada de fidejussória. Assim, real será quando seu objeto for móveis ou imóveis, ao passo que pessoal quando ao credor outorgar-se direito pessoal a quem a prestou (BARBI, 2001). Nessa linha de pensamento, dentro da teoria geral, nos dizeres de Venosa (2001), caução é qualquer garantia para a realização de um direito. No que interessa às obrigações, a caução é uma garantia que se apõe ao cumprimento das obrigações e a garantia geral para o cumprimento das obrigações é o patrimônio de devedor, de forma genérica. Quando, por vontade da lei ou por vontade das partes, há necessidade de um reforço maior a essa garantia genérica, as partes recorrem à caução. Para que se estabeleça uma caução, há necessidade de uma manifestação de vontade e, no campo das locações, essa caução depende da concordância do locador. Por sua vez, quando a lei diz que as garantias locatícias podem se constituir de caução, fiança e de seguro de fiança, está utilizando o termo caução apenas em uma de suas acepções, qual seja, a caução real do preceito do artigo 38. No entanto, constituem-se cauções quaisquer formas de garantia, seja reais (penhor, hipoteca), ou pessoais (fiança).

Nesse passo, de acordo com a Lei 8.245/91, caução é a garantia real através da qual são destinadas coisas para assegurar o cumprimento da obrigação, haja vista que consoante inciso I do artigo 38, da lei acima mencionada, determina que tal garantia poderá ser oferecida em bens móveis, imóveis, em dinheiro e em títulos e ações, dependendo, contudo, para sua validade, ser levada a registro público para o efeito contra terceiros. No caso de caução de bens móveis, deverá o instrumento respectivo ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos⁷⁸, ao passo que a garantia de imóveis, averbada à margem da matrícula do imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis⁷⁹, a fim de valer contra terceiros, e, como forma de não ser possível alegar ignorância sobre o fato. A caução em dinheiro, por sua vez, deverá ser depositada em caderneta de poupança, devidamente autorizada pelo órgão público competente, revertendo em favor do inquilino as vantagens financeiras dela

⁷⁸ Lei 6.015/73. Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: 2º) os documentos decorrentes de depósitos, ou de cauções feitos em garantia de cumprimento de obrigações contratuais, ainda que em separado dos respectivos instrumentos.

⁷⁹ Lei 6.015/73. Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: II - a averbação: 8) da caução e da cessão fiduciária de direitos relativos a imóveis.

decorrentes, sempre limitadas ao montante de três meses de aluguel⁸⁰. Já, no caso de caução em títulos e ações, a mesma deve atender às mesmas regras do depósito em dinheiro. Caso ocorra a falência, concordata ou liquidação das sociedades emissoras dos títulos caucionados, a garantia deverá ser substituída no prazo de trinta dias, entendendo-se que esta medida atende à efetividade da garantia assegurada ao locador (PRATES, 2004).

Outra figura de garantia colocada à disposição do locador é o seguro de fiança locatícia, atualmente disciplinado pela Circular nº 01, de 14 de janeiro de 1992, pela Superintendência de Seguros Privados – Susep. Consoante Prates (2004), representa um significativo avanço no direito que rege as locações prediais urbanas, visto que tal modalidade tem inegável alcance social, já que vem amparar as classes menos favorecidas, que encontram grandes dificuldades para conseguir fiadores, proprietários de imóveis, normalmente exigidos pelas empresas imobiliárias.

Segundo Barbi (2001), o seguro tem como beneficiário o locador e visa a garanti-lo de prejuízos sofridos pelo inadimplemento do contrato. Seu prazo de validade é de um ano, podendo haver renovação do mesmo. Além disso, conforme leciona Venosa (2001), a seguradora se compromete a cumprir as obrigações do locatário, na falta de cumprimento por este. Não obstante, necessário observar que a Resolução nº 14/79, do Conselho de Seguros Privados, que regulava o seguro locatício, restringia a garantia da apólice apenas à falta de pagamento dos aluguéis e encargos, bem como o reembolso de custas judiciais e honorários advocatícios. Agora, por disposição expressa do artigo 41⁸¹ da Lei 8.245/91, o seguro de fiança locatícia deve necessariamente abranger a totalidade das obrigações do locatário, eliminando, talvez, o maior entrave da aceitação dessa garantia. Nesse contexto, é, de fato, a modalidade de garantia que vem tendo grande aceitação, notadamente, para atender às circunstâncias de pessoas que vão morar em outra cidade e não têm conhecidos, amigos ou parentes no local que possam lhe servir de fiadores. Além disso, evita, igualmente, o constrangimento de solicitar fiança a terceiros, que, se aceita, normalmente, é dada com certa relutância.

No que toca à cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, é esta

⁸⁰ Esse tipo de caução é regulada pela Resolução nº 9, de 13 de agosto de 1979, do Banco Nacional de Habitação (BNH), e objetiva garantir qualquer responsabilidade do locatário com relação a coisa locada.

⁸¹ Art. 41. O seguro de fiança locatícia abrangerá a totalidade das obrigações do locatário.

modalidade de garantia locatícia uma novidade, haja vista recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, e que, por corolário, não alcançou, ainda, maior repercussão na doutrina. Introduzida pela Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, conhecida como antiga “Medida Provisória do Bem”, tem o intuito de ofertar fundo de investimento do locatário para o locador, visto que, na cessão fiduciária, quotas de investimento são cedidas como garantia ao locador no caso de inadimplemento contratual. Além disso, consoante o *caput* do artigo 88 da lei citada supra, ficam instituições, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, ao exercício da administração de carteira de títulos e valores mobiliários, bem como autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão de suas quotas em garantia de locação imobiliária⁸².

Segundo Ferreira (2003), para operacionalizar esta garantia, deverão as partes formalizar, mediante registro perante o administrador do fundo, pelo titular das quotas (por meio de cessão fiduciária, acompanhada de uma via do contrato de locação) propriedade resolúvel das quotas, em favor do credor fiduciário. Quanto ao contrato de locação, este obrigatoriamente fará menção, em uma de suas cláusulas,

⁸² Art. 88. As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o exercício da administração de carteira de títulos e valores mobiliários ficam autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão de suas quotas em garantia de locação imobiliária. § 1º. A cessão de que trata o *caput* deste artigo será formalizada, mediante registro perante o administrador do fundo, pelo titular das quotas, por meio de termo de cessão fiduciária acompanhado de 1 (uma) via do contrato de locação, constituindo, em favor do credor fiduciário, propriedade resolúvel das quotas. § 2º. Na hipótese de o cedente não ser o locatário do imóvel locado, deverá também assinar o contrato de locação ou aditivo, na qualidade de garantidor. § 3º. A cessão em garantia de que trata o *caput* deste artigo constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário. § 4º. O contrato de locação mencionará a existência e as condições da cessão de que trata o *caput* deste artigo, inclusive quanto a sua vigência, que poderá ser por prazo determinado ou indeterminado. § 5º. Na hipótese de prorrogação automática do contrato de locação, o cedente permanecerá responsável por todos os seus efeitos, ainda que não tenha anuído no aditivo contratual, podendo, no entanto, exonerar-se da garantia, a qualquer tempo, mediante notificação ao locador, ao locatário e à administradora do fundo, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. § 6º. Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida, sob pena de excussão extrajudicial da garantia, na forma do § 7º deste artigo. § 7º. Não ocorrendo o pagamento integral da dívida no prazo fixado no § 6º deste artigo, o credor poderá requerer ao agente fiduciário que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, a titularidade de quotas suficientes para a sua quitação, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, por meios próprios, da diferença eventualmente existente, na hipótese de insuficiência da garantia. § 8º. A excussão indevida da garantia enseja responsabilidade do credor fiduciário pelo prejuízo causado, sem prejuízo da devolução das quotas ou do valor correspondente, devidamente atualizado. § 9º. O agente fiduciário não responde pelos efeitos do disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo, exceto na hipótese de comprovado dolo, má-fé, simulação, fraude ou negligência, no exercício da administração do fundo. § 10º. Fica responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações efetuadas nos fundos de investimento de que trata o *caput* deste artigo a instituição que administrar o fundo com a estrutura prevista neste artigo, bem como pelo cumprimento das obrigações acessórias decorrentes dessa responsabilidade.

à existência e condição da cessão fiduciária, inclusive no que toca a sua vigência, a qual poderá ser por prazo determinado ou indeterminado.

Outra forma de garantia oferecida, acentua Barbi (2001), é a fiança, modalidade de garantia mais utilizada na área de locação. A grosso modo, pode-se resumi-la, ainda que muito superficialmente, da seguinte forma: trata-se de um contrato acessório que, em consequência, igualmente segue o destino do principal, de sorte que uma vez anulado este, anula-se a fiança. É uma forma peculiar de contrato, pelo qual um terceiro, garante o contrato, derivando, geralmente, das relações de amizade. Entretanto, em razão de tal modalidade ser alvo de destaque neste trabalho, imprescindível um estudo um pouco mais aprofundando concernente a este instituto, de modo a elucidar, efetivamente esta garantia, o que ocorrerá no próximo item.

3.1.4 O contrato de fiança e a figura do fiador

Conforme se extrai das Sagradas Escrituras, no Livro de Provérbios⁸³, no capítulo 6, versículos 1-3, consoante Carli (2009), já era possível visualizar o instituto da fiança na Antiguidade, tendo como referência não somente a Bíblia mas, inclusive, as escrituras romanas, consubstanciadas na Lei das Doze Tábuas. No direito romano, a expressão *cautio* significava todas as garantias que o devedor podia dispor, como a *fidejussio*, a *pecuniae*, *credentiae*, as quais vieram a se subsumir no instituto da fiança que, naquele tempo, era constituída verbalmente. No sistema normativo brasileiro, contudo, as garantias se subdividem em reais e pessoais. Nas pessoais, ou fidejussórias, destaca-se a fiança, consubstanciada em um contrato unilateral, acessório e, em regra, gratuito, por meio do qual uma pessoa assume, perante um credor, a obrigação de pagar a dívida de um terceiro. Normalmente, a fiança ocorre por pressão de ordem sentimental em virtude de laços de amizade ou parentesco com o afiançado.

Assim, o instituto da fiança figura no Código Civil desde que essa codificação entrou em vigência, sendo sua regulamentação fruto da mesma inspiração político-filosófica que serviu de base para a nossa legislação de direito privado, qual seja, o individualismo liberal, de modo que figurou no novo sistema a estrutura

⁸³ “Filho meu, se ficaste por fiador do teu companheiro, se deste a tua mão ao estranho, e te deixaste enredar pelas próprias palavras; e te prendeste nas palavras da tua boca; faze pois isto agora, filho meu, e livra-te (...).”

patrimonialista, fundada na proteção do direito de crédito (AINA, 2002).

Ademais, sua definição é dada pela redação do artigo 818 do Código Civil, o qual prevê que “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Para sua validade, ela deve ser formalizada, por escrito, não admitindo interpretação extensiva, de forma que o fiador só responde pelo que declarou na avença pactuada. Sua característica principal reside no fato de ser um contrato acessório, dependendo, para tanto, da existência de contrato principal, que no caso telado, seria o de locação. Via de regra, consta como cláusula do contrato de locação, nada impedindo, não obstante, seja contratada separadamente, como é o caso das cartas de fiança (PRATES, 2004).

Assim, com base em Venosa (2001), garantia pessoal que é, assegura o cumprimento das obrigações do locatário, o verdadeiro devedor. Aqui, é o caso típico em que se dissociam os dois elementos clássicos da obrigação: o débito e a responsabilidade. No contrato de fiança, somente existe a responsabilidade, porque o débito não pertence ao fiador, mas sim, ao afiançado. O fiador responde desde eventual deficiência do locatário no cumprimento do contrato principal até sua total inadimplência. Na verdade, o fiador não cria uma obrigação nova, mas estende a si a obrigação do afiançado, podendo esta obrigação ser total ou limitada, como observa Barbi (2001). Contudo, sua responsabilidade é subsidiária, visto que, em caso de inadimplência do inquilino, o locador deve cobrar os aluguéis, em um primeiro momento, do locatário, que é o real devedor, muito embora geralmente as partes pactuem a solidariedade entre locatário e fiador, colocando ambos em pé de igualdade. No entanto, caso a sua execução preceda a do inquilino, poderá o fiador alegar o chamado benefício de ordem, caso não o tenha renunciado quando da assinatura do contrato, visto que, na maioria das vezes, os contratos de locação prevêm a renúncia do fiador ao benefício, invocando para tanto o artigo 828, inciso I, do Código Civil⁸⁴ (PRATES, 2004).

Dá-se, assim, o contrato de fiança quando uma pessoa se obriga por outra, para com seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra. Um terceiro, denominado “fiador”, obriga-se perante o credor, garantindo, com seu patrimônio, a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor. Nos dizeres

⁸⁴ Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: I - se ele o renunciou expressamente;

de Jones Figueiredo Alves, na obra coordenada por Ricardo Fiuza (2004), fiança é contrato mediante o qual uma parte (fiador), assume para com outra, credor de determinada obrigação de terceiro (afiançado), a garantia de por ela responder, caso aquele não venha adimpli-la. Essa segurança oferecida constitui contrato acessório ao principal, onde subsiste a obrigação por este garantida. O objeto imediato do contrato de fiança é a dívida que se garantir.

A fiança, como dito alhures, tem caráter acessório e subsidiário, pois depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não-cumprimento deste pelo devedor. Uma vez nula a obrigação principal, a fiança desaparece. Além disso, em virtude do caráter de subsidiariedade, consoante Orlando Gomes, citado por Carli (2009), deve ser, necessariamente, este contrato acordado por escrito. Assim, por ter caráter acessório, a fiança pode ser de valor inferior e contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal, porquanto que o acessório não pode exceder ao principal (GONÇALVES, 2000).

No contrato de fiança locatícia, o qual, normalmente, já vem atrelado ao contrato de locação, estipula-se a responsabilidade ao fiador até a efetiva entrega das chaves, o que caracteriza, por si só, cláusula leonina, porquanto que o fiador poderá ter que responder por obrigação que exceda o prazo inicial do contrato a que anuiu expressamente, visto que, na maioria da vezes, o fiador ao assinar o contrato, sequer tem consciência das consequências jurídicas de seus atos, os quais repercutirão diretamente em sua vida concreta. De fato, a defesa da fiança não pode prejudicar aquele que a duras penas, conseguiu alcançar o sonho da casa própria, e que, de noite para o dia, se vê desalojado (CARLI, 2009).

Todavia, a fiança ainda apresenta outras características. É um contrato unilateral, por gerar obrigação, depois de ultimado, unicamente para o fiador; solene, por depender de forma escrita, por instrumento público ou particular, no próprio corpo do contrato, ou em separado; gratuito, em regra, visto que o fiador ajuda o afiançado, nada recebendo em troca, podendo, contudo, assumir caráter oneroso no caso de fiança bancária, isto é, quando o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada. Além disso, sendo contrato benéfico, não admite interpretação extensiva⁸⁵, de modo a impedir a ampliação das obrigações do fiador, quer no tocante à sua extensão, quer no tocante à sua duração, uma vez que, ressalta-se, o

⁸⁵ STJ. Súmula nº 214, de 23 de setembro de 1998. O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

contrato de locação não pode se alterado sem a participação do fiador, nem mesmo efetuado acordo ou dilação de prazo de vencimento dos aluguéis sem a sua prévia ciência e concordância, ensejando, em tais hipóteses, a possibilidade de pleitear a sua exoneração como garante contratual. É, por fim, contrato personalíssimo, haja vista que, celebrado em virtude da confiança que o fiador merece (GONÇALVES, 2000).

Em relação a suas espécies e seus requisitos, importa dizer que a fiança, quanto a sua forma, pode ser convencional, legal ou judicial. A primeira resulta do acordo de ambas as partes. A segunda é imposta por lei, e, a terceira, determinada pelo juiz. Classifica-se ainda em civil, comercial, criminal e bancária, de acordo com a natureza da obrigação que vise a garantir. No que concerne à fiança civil, a seu turno, origina-se ela de uma relação jurídica contratual, estabelecida entre o credor de uma obrigação e um sujeito garantidor, o qual, com seu patrimônio pessoal, garante eventual hipótese de descumprimento de uma prestação principal pelo devedor. Na realidade, o contrato de fiança, sob a perspectiva econômica, consubstancia-se em um contrato de prevenção de riscos (CARLI, 2009).

No que diz respeito à capacidade do fiador, é genérica, visto que podem ser fiadores todas as pessoas que tenham a livre disposição de seus bens, ficando afastadas, contudo, os incapazes em geral. Ainda, cumpre dizer que, não tendo sido limitada a garantia, estende-se ela a todos os acessórios da dívida principal, inclusive às despesas judiciais desde a citação do fiador. Há que referir ainda, a figura da subfiança, onde alguém, denominado de *abonador*, garante a obrigação do fiador, de maneira que este será acionado somente em caso de inadimplemento do devedor e do fiador (GONÇALVES, 2000).

Em relação a seus efeitos, destaca-se, nas relações entre o credor e o fiador, o benefício de ordem ou o benefício de excussão. No primeiro, pode o fiador, quando demandado, indicar bens do devedor, livres e desembaraçados, que sejam suficientes para saldar o débito, a fim de evitar a excussão de seus próprios, porquanto ser sua obrigação acessória e subsidiária. Tal benefício consiste, portanto, no direito de exigir que sejam primeiramente excutidos os bens do devedor. Todavia, o benefício de ordem não poderá ser invocado, caso o fiador tenha renunciado ao mesmo expressamente, entre outras hipóteses elencadas no

Código Civil.⁸⁶ Defende-se, no entanto, consoante magistério de Carli (2009), entendimento contrário por duas razões: a primeira refere-se ao fato de que o dispositivo do artigo 828 do Código Civil, ora utilizado como fundamento, não está em perfeita harmonia com a Carta de 1988, quando o interesse em jogo é o patrimônio mínimo do fiador. A segunda, porque, em se tratando de ato de liberalidade, em regra, sem qualquer vantagem pecuniária, deve o contrato de fiança ser interpretado restritivamente, bem como conter cláusulas objetivas que deixem expressamente claras as possíveis consequências decorrentes da assinatura do referido ajuste, como, sobretudo, a possibilidade de seu único imóvel responder pela dívida do devedor-locatário.

Nessa senda, aponta Genacéia da Silva Alberton, citada por Carli (2009), os contratos de locação são verdadeiros contratos por adesão, com termos já impressos, padronizados, onde o fiador assina, abre mão do benefício de ordem, assume obrigação de forma solidária e não tem expressa a advertência de que seu imóvel residencial está sujeito à garantia da dívida que eventualmente ocorra por inadimplemento do afiançado. Observa-se que a violação ao princípio da igualdade é evidente na relação jurídica locatícia, envolvendo fiança pessoal. Basta examinar a posição do locatário, devedor da obrigação decorrente do contrato de locação, e do fiador, que, repisa-se, em um ato de solidariedade, assume posição de garantidor do referido contrato. O absurdo ocorre quando da inadimplência do devedor, em que o bem do fiador torna-se objeto de penhora e, posteriormente, objeto de execução. Enquanto isso, eventual bem do locatário, caso este possua algum bem, não será objeto de constrição, por ser protegido pela Lei 8.009/90, imune à penhora por dívida de natureza civil. Além disso, o locador, a seu turno, continuará em sua confortável casa, e, seu imóvel, objeto de locação, também continuará em seu acervo patrimonial, vindo a ser novamente locado, enquanto o fiador e sua família estarão à mercê de sua própria sorte e possibilidades econômicas.

Professa-se, nesse contexto, que no contrato de fiança locatícia não há pleno exercício da autonomia da vontade por parte do fiador, visto que sequer tem a possibilidade de discutir as cláusulas do contrato, assinando-o sem saber que, ao celebrar tal negócio jurídico, estará assumindo uma posição desvantajosa e

⁸⁶ 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.

significativamente onerosa. Trata-se, por evidente, de um flagrante desequilíbrio contratual. Nesse diapasão, levando-se em consideração o direito humano fundamental à moradia, impossível colocar no mesmo patamar, como argumentado alhures, o referido direito com o direito de crédito, posto estar-se sopesando valores axiologicamente distintos. Desta feita, qualquer obrigação a que tenha se vinculado o fiador, só poderá alcançar, repisa-se, seu patrimônio excedente, ou seja, aquele que esteja fora da esfera da garantia do mínimo existencial, não podendo atingir, portanto, o bem de família em que mora com sua família (CARLI, 2009).

Assim, com inspiração nas idéias de Enzo Roppo, citado por Carli (2009), depreende-se que o contrato de fiança deve ser interpretado à luz da realidade, considerando-se, sempre, as peculiaridades de cada situação. Cabe lembrar e ressaltar que os contratos são regidos por uma premissa fundamental, qual seja, a sua função social, que configura preceito de ordem pública. Nessa trilha é que buscou demonstrar-se, pelos argumentos esboçados, que a impenhorabilidade do bem de família em geral, e em especial do fiador, desempenha funções importantes, tais como a de garantir o patrimônio mínimo de uma existência digna, de servir de instrumento de proteção ao direito humano fundamental à moradia, e, tutelar o princípio-base da Constituição, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao segundo efeito, qual seja, o benefício de excussão ou de divisão, afasta ele a solidariedade, tornando divisível a obrigação. Portanto, assim como o fiador pode limitar a garantia a uma parte da dívida somente, admite-se, também, em sendo vários garantes, que cada qual especifique no contrato, a parte da dívida que toma sob a sua responsabilidade, de modo a não ser obrigado a mais que se obrigou. Entretanto, o fiador que pagar integralmente, ficará subrogado nos direitos do credor, com todos os privilégios e garantias que este desfrutava, podendo demandar cada um dos outros fiadores, contudo, somente pela respectiva quota. Ainda, cumpre dizer que nas relações entre fiador e afiançado, observa-se que pode o primeiro, subrogando-se nos direitos do credor, exigir deste último, o que pagou acrescido de juros, perdas e danos que sofreu em razão da fiança (GONÇALVES, 2000).

E, a propósito, mister expor, mais uma vez, a questão da exoneração do garante. Diga-se que este é um ponto que ainda acirra os ânimos dos doutrinadores e acentua o dissenso da jurisprudência, uma vez que, para alguns, há conflito entre

a regra insculpida no artigo 39⁸⁷ da Lei 8.245/91 e o artigo 835⁸⁸ do Código Civil. Não obstante, verifica-se que dissenso de fato não há, haja vista que, em razão do artigo 2.036⁸⁹ do novel civilista e do princípio da especialidade, deve prevalecer o primeiro (CARLI, 2009).

Por fim, como um ciclo, a fiança também se extingue. Uma das causas seria a morte do fiador, passando, contudo, a obrigação para seus herdeiros, limitada até as forças da herança no tocante aos débitos existentes até o momento do falecimento, ao passo que a do afiançado permanece. Além disso, a fiança extingue-se igualmente por atos praticados pelo credor, como, por exemplo, a dilação do prazo contratual ao devedor sem o consentimento do fiador, ainda que este seja solidário (GONÇALVES, 2000).

Por todo o exposto, observa-se que, muito embora o contrato faça lei entre as partes, a lembrar da máxima romana *pacta sunt servanda*, vem ocorrendo, gradativamente, a bem da verdade, uma intervenção por parte do Estado, através de um dirigismo contratual, na efetiva intenção de evitar abusos e discrepâncias sob o manto de uma pretensa legalidade. Diante deste cenário, prima-se não somente que o contrato se cumpra e realize o ajuste convencionado entre as partes, mas, sobretudo, que seus efeitos se reflitam de forma ética e solidária na sociedade – e isto acontece simplesmente observando-se a função social dos contratos⁹⁰.

3.1.5 A função social dos contratos e a garantia do patrimônio mínimo

A função social, tal qual no Código Civil, consiste numa norma estrutural da autonomia privada no plano do direito contratual, exigindo, contudo, que corresponda ao interesse social, consoante assevera Branco (2009).

Antes, contudo, diga-se que o contrato, figura histórica na evolução da humanidade constitui-se em instrumento ideal para a realização e concretização dos princípios da liberdade e da igualdade, paradigmas dos movimentos revolucionários

⁸⁷ Art. 39. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida.

⁹⁰ Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

que findaram com o regime absolutista na França e a submissão das treze colônias americanas em relação ao império britânico. Os homens desta nova era, eram considerados livres e iguais, havendo, contudo, preponderância da autonomia da vontade e a conseqüente restrição da intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos, o que acabaria por gerar um desequilíbrio contratual. Assim, a partir da segunda metade do Século XIX, com a ocorrência de diversos movimentos sociais, especialmente em relação às questões decorrentes das relações contratuais, gerou a necessidade de relativizar-se a força do princípio da autonomia da vontade. Por corolário, desenvolveu-se uma nova teoria contratual, tendo a nova concepção de contrato uma concepção social, considerando-se não somente os efeitos causados entre as partes, mas, principalmente, seus efeitos na sociedade. O direito despediu-se de um caráter exclusivamente individualista para conjugar o interesse individual com o bem comum (AINA, 2002).

Assim, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. É a fase do dirigismo contratual que consolida a publicização do direito privado. Desta feita, qualquer interpretação das normas jurídicas deve levar em conta a realidade concreta, no sentido de harmonizar o “dever-ser” da norma com o “ser-real” da vida. Nesse contexto, a autonomia privada que, por muito tempo foi alçada ao patamar de princípio regedor das relações privadas, só merece proteção, se estiver envolvida sob o manto de um valor constitucional, de maneira que a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional (CARLI, 2009).

Nessa senda, conforme preleciona Renan Lotufo, citado por Carli (2009), com o advento da Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência por passar a disciplinar diretamente matérias que até então eram de exclusivo tratamento pela lei ordinária, mais precisamente, pelo Código Civil. Nesse viés, diga-se que a constitucionalização do direito civil deve ser analisada sob duas perspectivas: a formal e a material. A primeira relaciona-se com o fato de que a Constituição Federal passou a tratar de temas que antes eram da órbita privada, e, a segunda, a material, vincula-se a idéia de que a Carta de 1988 é o vértice-legitimador de todas as regras do direito civil, de forma que sua visão clássica vem

passando por um processo de superação, dando lugar à interpretação do direito público no direito privado, representando um significativo avanço para a efetivação do exercício de cidadania.

Nessa linha humanista, além da função social, outros princípios vêm norteando o novo ordenamento jurídico civilista, como no caso do princípio da eticidade – visando a corrigir o caráter individualista do atual Código, o princípio da socialidade – segundo o qual, o interesse privado deve se coadunar com o interesse social, o princípio do equilíbrio econômico dos contratos e, por fim, o princípio da judicialidade, que resume a idéia de que a atuação do juiz deve adequar-se ao ordenamento jurídico e aos valores sociais. Assim sendo, diante deste cenário, cabe refletir acerca da necessidade de harmonizar as regras contratuais, que disciplinam as relações locatícias, bem como suas acessórias, no sentido de evitar discrepâncias como aquelas que dão prevalência ao direito de crédito, em detrimento ao direito à moradia da pessoa que serviu de garante de uma locação (CARLI, 2009).

Nessa perspectiva, a funcionalização dos contratos impõem às relações jurídicas limites norteadores pelo direitos humanos fundamentais. Diante de tal afirmação, é possível reconhecer que a visão clássica de relação jurídica passa por um processo de releitura constitucional. Todavia, estas mudanças de paradigma requerem paciência, haja vista não ser fácil se desvencilhar de um sistema que por tanto tempo prevaleceu, pois, como cediço, no Estado liberal clássico, fruto da Revolução Francesa de 1789, a autonomia da vontade, consubstanciada no contrato, nos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, imperava soberana. No entanto, o Estado passou a intervir na seara privada com o objetivo de buscar igualdade entre os contratantes. Assim, o princípio da autonomia da vontade encontrou limite no denominado dirigismo contratual. A máxima romana *pacta sunt servanda* também teve sua força atenuada diante do surgimento de institutos como o da lesão, do estado de perigo e o da resolução do contrato por onerosidade excessiva, corolário do princípio da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana (CARLI, 2009).

Nesse contexto, de acordo com Carli (2009), numa relação contratual, subsumida em um tipo de contrato, deve-se primar pela justiça, consubstanciada na máxima de agir conforme os ditames da lealdade, da eticidade, da probidade, da solidariedade e da igualdade substancial. Desta forma, a relação jurídico-contratual

não só estará cumprindo a sua função social, como consagrando a dignidade da pessoa humana. Na esteira desse entendimento, reconhece-se, na hipótese de conflito entre o direito humano fundamental à moradia do fiador e o direito de crédito do locador, é indiscutível que deve preponderar aquele, visto garantir o teto do fiador, bem como de sua família. Assim, a função social do contrato, sob a ótica sociológica, consiste em colocar o contrato a serviço da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das desigualdades sociais e da melhor distribuição de renda.

Na verdade, as idéias de humanização do direito, conforme leciona Carli (2009), embora ainda distantes da realidade fática, mas insistentemente defendido no plano ideal, têm contribuído sobremaneira para a evolução das regras civilistas, bem como para a positivação infraconstitucional de princípios como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. É neste contexto que se insere o contrato de fiança e que defende-se o patrimônio mínimo do fiador, garante do contrato locatício que, em um momento importante da vida do locatário-afiançado, estendeu-lhe a mão, não somente por amizade, mas por acreditar que nenhum mal lhe viria e tão pouco que aquele lhe deixaria à mercê da própria sorte. Nesse passo, em honra aos princípios da eticidade, da solidariedade, da igualdade, os quais consubstanciam o princípio da função social do contrato, deve-se resguardar o único bem de família do fiador e de sua família por ser assim considerado patrimônio mínimo e, por derradeiro, materializar o direito humano fundamental à moradia, o qual deve, inquestionavelmente, sempre prevalecer sobre o direito de crédito.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO ÚNICO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO

4.1 A (in)constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90

4.1.1 A constitucionalidade condicionada do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90

O controle da constitucionalidade é uma questão de fundo relevante. De acordo com Horta (2002), o controle da constitucionalidade das leis é o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político. Portanto, a finalidade do controle consiste, precisamente, em tornar a Constituição a medida suprema da regularidade jurídica. Nessa senda, mister a análise crítica do artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, por meio da doutrina do controle de constitucionalidade. Todavia, em virtude de que tal estudo demandaria significativo tempo, será apenas abordado incidentalmente, em considerando a delimitação contextual do trabalho em tela.

Desta feita, imprescindível narrar a lição de Luiz Roberto Barroso, citado por Carli (2009):

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõem ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na compatibilidade entre uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição (CARLI, Ana Alice de. Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pg. 114).

Na mesma trilha do constitucionalista brasileiro, parece caminhar o italiano

Riccardo Guastani, que afirma a importância do processo de constitucionalização do direito, o qual se projeta a partir de certos pressupostos, quais sejam: a) a garantia jurisdicional da Constituição, consubstanciada na idéia de controle das normas infraconstitucionais das quais se exige conformidade com as regras e os princípios constitucionais; b) a força vinculante da Constituição, no sentido de que cada norma constitucional seja uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos; c) a sobre-interpretação da Constituição consistente em um movimento interpretativo que tende a desconsiderar que o direito constitucional seja lacunoso; d) a aplicação direta das normas constitucionais, as quais podem produzir efeitos imediatos e diretos, bem como ser aplicadas pelo magistrado diante do caso concreto; e) a interpretação adequada das leis que devem ser interpretadas conforme a Constituição (CARLI, 2009).

Nessa toada, observados tais pressupostos, cumpre dizer que é preciso ponderar que, em regra, as normas têm sentido multívoco – e muitas vezes alguns desses sentidos não se coadunam com a Constituição Federal – exigindo do intérprete que escolha aquele que se harmonize com o texto constitucional. Na realidade, o que se busca com a técnica de interpretação conforme a Constituição, é salvar um dos sentidos da norma, garantindo, desta forma, a sua validade e, por conseguinte, a sua aplicabilidade no mundo da vida, de sorte que, nesse contexto, imprescindível avocar o pensamento de Eugen Ehrlich, o qual contrapõe o direito vigente a um direito vivo, nem sempre prescrito, mas que domina a vida. Nessa linha de intelecção, Luiz Roberto Barroso, citado por Carli (2009), professa que o método interpretativo clássico – calcado no ideário de que o Direito está delimitado abstratamente na norma e que ao magistrado cabe o exercício da subsunção do fato ao dispositivo legal – está ultrapassado pela concepção contemporânea do direito constitucional, o qual redesenha o papel da norma e do julgador. Nessa ordem de idéias, reconhece-se a importância do estudo sobre o controle de constitucionalidade das normas de um sistema jurídico, sobretudo, em um Estado Constitucional Democrático de Direito como se afigura o nosso⁹¹. Todavia, não há a pretensão de se estender para além das breves linhas aqui traçadas, considerando

91 Constituição Federal de 1988. PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (...)** (grifo nosso)

o objetivo central deste ponto, que se limita à análise da (in)constitucionalidade da referida exceção.

Assim, uma vez realizada superficial abordagem quanto ao controle de constitucionalidade, convém aduzir que a exceção capitulada no inciso VII apresenta um confronto entre o direito de crédito e do direito humano fundamental à moradia, constitucionalmente previsto, sendo esse um valor hierarquicamente superior àquele. Portanto, com o artigo 82 da Lei 8.245/91, acrescentando tal inciso ao artigo 3º da Lei 8.009/90, permitindo a penhora do único bem de família do fiador em decorrência de obrigação fidejussória concedida em contrato de locação, configura-se desrespeito aos princípios constitucionais. Despropositada pois é a permissão legal para a execução do bem de família para o pagamento de obrigação assumida, no mais das vezes, por amizade. A bem da verdade, procurar resolver um problema prático desconsiderando a sistemática do ordenamento e os valores existentes que estão em posição hierarquicamente superior, é atuar emergencialmente e o legislador de emergência, como se sabe, é um mau legislador, ocasionando graves embaraços em sede de interpretação e aplicação de normas jurídicas, diagnostica Maria Celina Bardin de Moraes (AINA, 2002).

Nesse diapasão, relevante mencionar, a Lei do bem de família, ao estabelecer mais de um forma de proteção ao bem que serve de abrigo a família – além daquela prevista no Código Civil – trouxe em si matizes axiológicas de conteúdo constitucional, atendendo um dos princípios fundamentais da Carta Magna, ou seja, o de promover, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, há de se considerar que a norma inserta no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, a qual afasta o véu da impenhorabilidade do bem de família do fiador, viola o Estatuto Supremo sob vários aspectos como por exemplo, no que atine ao princípio supra mencionado. Além disso, contraria o princípio da igualdade, ao dar tratamento desigual ao locatário em detrimento do despendido ao fiador, violando, por consequência, outros valores fundamentais, como a vida, o desenvolvimento humano e o mínimo existencial. Diante disto, a proteção ao bem de família ultrapassa a fronteira patrimonial, porquanto visar à tutela da família e, sobretudo, da dignidade de seus membros. Por corolário, não pode se admitir que o próprio ente público, por meio de sua função legiferante, crie óbices ao pleno desenvolvimento familiar (CARLI, 2009).

Assim, conforme dizeres de Genacéia da Silva Alberton, citada por Carli

(2009), fica efetivamente difícil admitir que não se perceba, através da mera leitura do texto legal, que há uma flagrante injustiça, bem como a evidente inobservância aos princípios constitucionais. Se há desigualdade de tratamento entre o afiançado e o fiador, não aplicar o artigo 82 da Lei 8.245/91⁹² não é negar-lhe vigência, mas afirmar sua invalidade por trazer como consequência a inobservância de um dos principais princípios constitucionais, qual seja, o princípio da isonomia.

Ademais, frise-se que a busca pela efetividade do processo não pode se sobrepor a princípios de imprescindível observância, a ponto de desvirtuar a finalidade precípua do processo e ensejar a prática de atos arbitrários, valendo lembrar neste ponto o artigo 187, do Código Civil Brasileiro: “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.”

E nessa esteira de pensamento, diga-se que a necessária observância ao princípio materializado no artigo 620, do Código de Processo Civil, o qual resguarda a “execução equilibrada” preceitua: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

Assim, conforme se abstrai do citado dispositivo, o Poder Judiciário, ao proteger o interesse do credor no sentido de lhe proporcionar a satisfação de um crédito, não deve, violar direitos do devedor em ofensa a normas e princípios éticos e jurídicos de imprescindível observância na vida em sociedade.

E muito embora o argumento econômico, adotado por parte da doutrina e da jurisprudência, admitam a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em virtude de incentivar o mercado imobiliário e, por conseguinte, o acesso à habitação, questiona-se sua superficialidade do discurso, haja vista que, a bem da verdade, está, tão somente a assegurar o direito de crédito do locador, ora em detrimento da dignidade da pessoa humana (do fiador e de sua família) e do direito fundamental à moradia. Diante disto, a idéia de sobrelevar o crédito contratual à dignidade humana, corporifica gritante irrazoabilidade, digna do aforismo *summum jus, summa injuria*, ou em vernáculo: excesso de justiça, excesso de injustiça. A idéia de que a única solução para o problema do mercado imobiliário, seria o sacrifício da moradia do fiador importa, no mínimo, em falta de criatividade e desenvolvimento de novas

92 Tal dispositivo prevê a inserção do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, o qual afasta a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício.

soluções para velhas questões (PEREZ, 2003).

Nesse viés, embora a fiança facilite a locação e, portanto, o acesso à habitação, não pode ela, de forma alguma, prejudicar diretamente aquele que já conseguiu alcançar o sonho da casa própria e que, da noite para o dia, se vê desalojado em decorrência de que o legislador decidiu fazer política habitacional questionável, utilizando como instrumento seu ato de liberalidade (CARLI, 2009).

Ademais, no que toca ao princípio da proibição do retrocesso, também é ele violado pela norma inserta na dita exceção, haja vista que tem por escopo inibir a atuação do poder público no sentido de evitar violação aos direitos humanos fundamentais e às demais normas de cunho constitucional. Cabe ainda salientar que a referida exceção normativa a qual levanta o véu da imunidade executória do bem de família do fiador, desrespeita outros valores fundamentais por diversas vezes repisados neste trabalho. Dessa forma, inaceitável é a regra que permite a penhora do único bem do fiador em contrato de locação, haja vista que a preservação do único bem do garantidor é decorrência natural da tutela do mínimo existencial. Não pode o garante, dono de único imóvel, ser punido com a perda deste patrimônio. Que até lhe sejam excutidos seus bens, desde que o sejam também os do locatário, e com vigor, pois perder o único teto, por conta de um contrato gratuito e de favor, é arrematada perversidade jurídica. Conforme leciona Perez (2003), constriar bem único de família é retroceder todos os pensamentos modernos do Direito, tornando em vão todo o sangue derramado por nossos antepassados na luta em construir direitos e garantias fundamentais.

Em consonância com tudo que foi dito, entende-se que a regra insculpida no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, introduzido pela Lei 8.245/91, viola frontalmente o direito humano fundamental à moradia, e, reitera-se, ao princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Contudo, a referida regra inserida na mencionada exceção até seria constitucional, caso fosse interpretada da seguinte forma: a) na primeira hipótese, caso o fiador for proprietário de um único bem imóvel este não poderá ser objeto de penhora, pois assim como o bem do locatário, o seu imóvel, também estaria agasalhado com o manto da imunidade; b) entretanto, em sendo o fiador proprietário de mais de um imóvel poderia incidir sobre o imóvel excedente, a regra prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, não podendo se falar em inconstitucionalidade da referida norma em relação ao bem em decorrência deste se encontrar fora da esfera da proteção da lei da

Impenhorabilidade do bem de família. Em síntese, a referida exceção teria validade constitucional condicionada, caso incidisse somente sobre o bem excedente e jamais, sobre aquele que serve de abrigo para a família (CARLI, 2009).

Assim como sustentado alhures, os direitos fundamentais encontram-se em posição especialmente privilegiada no ordenamento jurídico, funcionando como valores essenciais da pessoa humana, invioláveis, e que somente devem ceder diante de outros direitos de igual categoria. Ademais, constituem-se em linhas diretivas para todos os poderes, bem como para todos os cidadãos, de maneira que qualquer ato que implique no desvio do caminho traçado pela Lei fundamental, deve ser rechaçado. Portanto, a proteção jusfundamental de determinado bem jurídico é tema de maior seriedade e a possibilidade de invadir-se a esfera desse bem jurídico somente deverá ceder em prol de um direito de igual relevância. No caso em apreço, não se vislumbra que o sacrifício do bem de família do fiador, tenha sido eleito em prol do direito de moradia dos locatários, mas sim em favor da proteção do direito de crédito do locador (AINA, 2002).

Nessa linha de raciocínio, cumpre dizer que a questão em debate, no tocante à exceção insculpida no inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, não ficou alheia para o mundo jurídico; muito pelo contrário – provocou acirradas discussões a cerca de sua (in)constitucionalidade. Deste forma, Tribunais de instâncias inferiores e de alçada superior vieram a divergir de entendimento, confrontando posicionamentos à cerca do tema. A seguir, ousa-se tentar dirimir a questão, na tentativa de trilhar uma solução efetiva e justa, através do posicionamento trazido por seus próprios fundamentos e que molda-se ser o mais correto, visto alicerçar-se à luz do direito constitucional ao prestigiar princípios constitucionais – norte de ordenamento jurídico do país.

4.1.2 Entendimentos do STF e decisões divergentes

Sem dúvida, é a família a célula master da sociedade e a qual alicerça o Estado. Não por menos, em razão de sua importância, vários mecanismos de defesa a protegem. Um deles foi, efetivamente, aquele que diz respeito à impenhorabilidade do bem de família, resguardando a casa de morar.

A importância social do instituto do bem de família, desde seu surgimento, na República do Texas, com a Lei do *Homestead*, em 1839, de fato, ganhou relevo ao

proteger a família contra a isenção de penhora sobre a casa de moradia. No Brasil, foi adotado pelo Código Civil de 1916, sob a modalidade apenas voluntária, não tendo havido aceitação, contudo, pela população mormente em razão das formalidades para a sua constituição. No novo Código Civil, igualmente foi previsto sob a modalidade voluntária, vindo a sofrer apenas pequenas alterações em relação ao Código de Bevilacqua (HORA NETO, 2007).

Todavia, com a edição da Lei 8.009/90, o instituto difundiu-se largamente, uma vez que o bem de família passou a ser legal, visto dispensar a intervenção do proprietário do imóvel, posto que ditado pelo Estado. Assim, o Estado passou a excluir da penhora o imóvel residencial de qualquer brasileiro, rico ou pobre, em face de execução de qualquer espécie, salvo algumas poucas exceções. Entretanto, o mercado de locação retraiu-se com o surgimento do *novel* diploma, razão pela qual o artigo 82 da Lei 8.245/91, veio a alterar o artigo 3º da Lei 8.009/90, de modo a acrescentar mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade dentre as seis já existentes, qual seja, o inciso VII (o qual tornou penhorável o bem de família do fiador locatício, que era, até então, impenhorável). Na verdade, a inclusão de mais uma exceção à regra da impenhorabilidade, deu-se em razão de um *lobby*, como já referido no Capítulo I deste trabalho:

Segundo o magistério de Aina (2002), a justificativa para a adição de mais uma exceção ao rol, teria sido que a lei anterior à lei do inquilinato, a Lei 6.649, de 16 de maio de 1979, teria como principal característica, a ampla proteção dos locatários que se concretizava, especialmente, pela prorrogação automática dos contratos após o término do prazo contratual, bem como a proibição de rescindi-los sem motivação, não havendo possibilidade jurídica, assim, de postular-se pela denúncia vazia. Além disso, a fiança, dentre as garantias locatícias, teria vigorado até a edição da lei da impenhorabilidade, de forma que a única morada já não mais poderia ser excutida para solver débitos próprios ou de terceiros. Em decorrência disto, os locadores passaram a exigir fiadores que fossem proprietários de dois imóveis, fato este que criou sérios empecilhos a locação diante da dificuldade de conseguir-se alguém que apresentasse tal condição, pois, se o sonho da casa própria já está distante da grande parcela da população, muito mais longínqua está a possibilidade de deter a propriedade de dois imóveis. Diante deste quadro, a *única* solução encontrada pelo Poder Público, foi a de alterar a Lei 8.009/90, para fazer-se incluir a mencionada exceção.

Em suma, pode-se afirmar que até a vigência da Lei 8.009/90, o mercado de locação de imóveis fluía normalmente, seguindo seu curso normal: servia como fiador até mesmo aquele que tivesse apenas um único imóvel, ainda que residisse com sua família, haja vista que este era penhorável na hipótese de inadimplemento por parte do locatário. No entanto, com a edição da mencionada lei, que, em última

análise, previa ser impenhorável, também, o bem de família do fiador locatício, o mercado imobiliário retraiu-se largamente, passando a aceitar como fiador, somente aquele que fosse proprietário de mais de um bem imóvel, uma vez que o segundo serviria, em tese, para satisfação do crédito por ocasião do inadimplemento do afiançado (HORA NETO, 2007).

Ocorre que, como notório, o mercado imobiliário incomodou-se com tal situação, na medida que o *novel* diploma restringia e limitava as locações em geral em decorrência da grande dificuldade em encontrar algum fiador proprietário de mais de um imóvel. Em virtude disto, relata Hora Neto (2007), o legislador foi *pressionado* a encontrar alguma solução que remediasse o panorama que se visualizava na época. Por conseguinte, tratou por eliminar o *embaraço* com o advento da Lei do Inquilinato – Lei 8.245/91 – o qual, como cediço, previu a referida exceção através de seu artigo 82, de forma a ampliar o rol de exceções à impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar. Desta feita, o único imóvel residencial do fiador locatício passou a ser objeto de penhora.

Ora, examinando a fundo a questão, observou-se que de todas as exceções do artigo 3º da Lei 8.009/90, esta, sem dúvida, foi a redigida de forma mais inadequada, visto colocar o fiador em situação de inferioridade frente ao próprio afiançado. Tal situação permitiu, inclusive, a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência alugada do locatário e que sejam de sua propriedade⁹³. Em contrapartida, mesma sorte não teve o fiador ao ver despido do manto da impenhorabilidade o imóvel onde reside com sua família (CZAJKOWSKI, 2001)

Assim, o que se verifica, efetivamente, é que o preceito legal em exame, colide frontalmente com a garantia constitucional que eleva o asilo inviolável do teto doméstico⁹⁴, haja vista que a casa é bem com função supra-social, revestindo o lar de posição totalmente humana (PEREZ, 2003).

Ademais, cumpre referir que embora este inciso represente uma segurança importante ao locador, mantendo a utilidade e a eficácia da garantia representada pela fiança, consoante magistério de Czajkowski (2001), apresenta aspecto negativo

93 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.

94 Constituição Federal de 1988. Art. 5º. (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

por proteger excessivamente o locatário inadimplente em detrimento do fiador, normalmente de boa-fé, o qual poderá ter grandes transtornos e prejuízos. Todavia, para contornar esta iniquidade, o Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, construiu engenhosa solução em 1996, através da subrogação do fiador nos direitos primitivos do credor⁹⁵. Por corolário, se o fiador não pode alegar a impenhorabilidade de seu bem de família para pagar o locador, ao voltar-se, ele, contra o locatário-afiançado a fim de reaver o que despendeu, da mesma forma este também não poderia alegar a impenhorabilidade de seu imóvel, ainda que consubstanciado em único bem de família. A orientação é, politicamente, a mais correta em razão de corrigir uma distorção legal e por tal motivo merece aplausos por ser evidentemente justa. Infelizmente, não é o que acontece.

O que ocorre, efetivamente, é que a partir da alteração já referida, caso o afiançado (devedor principal, inquilino, afiançado) não pagasse os aluguéis e, em caso de renúncia ao benefício de ordem, como ocorre de costume, o fiador teria seu imóvel penhorado por força da exceção capitulado no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90. Todavia, uma vez satisfeito o crédito do credor-locador, o fiador poderia lançar mão de uma ação regressiva em face do afiançado para que este o ressarcisse do prejuízo causado em virtude da penhora do bem. No entanto, esta ação restaria infrutífera, uma vez que, na hipótese de ter o afiançado um único bem⁹⁶, estaria este imóvel sob a proteção da impenhorabilidade, podendo, para tanto, alegar tal exceção, ainda mais em se considerando que o débito existente não se encaixaria em nenhuma das exceções previstas na referida lei. Em suma, enquanto é impenhorável o imóvel residencial do afiançado (devedor principal), haja vista que protegido pela regra da impenhorabilidade legal editada pelo artigo 3º, *caput* da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do fiador é penhorável por força da exceção prevista no mesmo diploma legal (HORA NETO, 2007).

95 “O fiador que paga dívida do afiançado se subroga nos direitos de credor, sendo-lhe, por conseguinte, transferidos, nos termos do art. 988 do Código Civil, todos os direitos, ações, privilégios e garantias de que este era titular. Assim, a exceção prevista no inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/90 também lhe é favorável, não podendo, portanto, o devedor principal arguir a impenhorabilidade de bem ainda que considerado “bem de família” (2º TACSP – Ap. Cív. 440.583 – Rel.: Juiz Luís de Carvalho – J. Em 21.12.95) (CZAJKOWSKI, Rainer. A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.)

96 A admissibilidade da penhora do bem de família do fiador pode produzir o seguinte absurdo: enquanto o locatário que mora em um prédio alugado, mas tem um único bem (na hipótese, por exemplo, de funcionário público transferido) estará este imóvel a salvo da penhora, caso venha a ser executado por dívidas oriundas do contrato locatício, enquanto que seu fiador não logrará do mesmo benefício, vindo a responder por uma dívida que não é sua, e sim do devedor principal, isto é, o inquilino (CZAJKOWSKI, Rainer. A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.)

Na verdade, a razão para tal alteração e acréscimo foi proteger, tão somente, a locação e, por consequência, o mercado imobiliário, o qual advogou o argumento que sem a garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, seria impossível trabalhar no ramo locatício, diminuindo, por corolário, o favorecimento a moradia. Em virtude deste motivo, teria ocorrido a exclusão quanto à impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Todavia, essa alegação não tem respaldo e tampouco se sustenta, pois como bem define o corriqueiro adágio popular “*não se tira de um santo para dar a outro*”, ou, em outras palavras, facilita-se a moradia do locatário e subtrai-se à do fiador.

Não obstante, adveio a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou o rol de direitos sociais, vindo a incluir entre eles a moradia. Por conseguinte, a partir da sua vigência inaugurou-se uma questão vexatória sobre se o direito à moradia, introduzido pela referida emenda constitucional, teria ou não, revogado as exceções à cláusula geral da impenhorabilidade capitulados no artigo 3º, incisos I a VII da Lei 8.009/90. Em essência, a questão central dizia respeito em saber se a emenda (*lex generalis superior*) tinha ou não derogado a lei ordinária (*lex specialis inferior*) Consoante Hora Neto (2007), à vista de tamanho impasse, duas correntes doutrinárias, bem distintas, lançaram suas teses jurídicas, valendo-se ambas da interpretação, conforme a Constituição Federal de 1988. Basicamente, o *vexatio quaestio* cinge-se em dirimir se o direito à moradia, introduzido pela Emenda 26/2000, é ou não, uma norma de eficácia plena ou de eficácia limitada (programática). Assim, sendo esta uma questão de fundo relevante, na hipótese de considerar-se uma norma de eficácia plena, logicamente e por imperativo hierárquico, a exceção capitulada no inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, estaria de plano revogada, dada a sua não recepção pelo Estatuto Supremo. De outra banda, na hipótese de considerar-se norma de eficácia limitada, a referida exceção permaneceria em plena vigência e, portanto, plenamente recepcionada pela Constituição.

Nesse contexto, importa trazer à lume a classificação à cerca da eficácia das normas constitucionais de autoria do eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2006) e já mencionadas no Capítulo I da presente monografia. De acordo com seu magistério, todas as normas têm aplicabilidade imediata, variando apenas na intensidade de sua eficácia, dividindo-se a classificação destas em três: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral – aquelas que têm

aplicabilidade imediata e, portanto, independem de legislação posterior para a sua plena execução, visto que, desde a entrada em vigor da Constituição já produzem seus efeitos ou apresentam a possibilidade de produzi-los; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral – àquelas que, igualmente, têm aplicabilidade imediata, mas com alcance reduzido em razão da atividade do legislador infraconstitucional; c) normas de eficácia limitada, isto é, as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos – àquelas que dependem de regulamentação futura na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte a fim de que produzam efeitos. Foi a partir desse enfoque, à luz da hermenêutica constitucional que tais correntes passaram a defender a tese a qual sustentam e que passaremos a ver a seguir.

Iniciemos pela primeira, a qual advoga a favor da penhora do bem de família do fiador com a respectiva recepção da Lei 8.009/90 pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Entendem os partidários desta tese, que, a exceção capitulada no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, tem plena eficácia, não obstante o advento do direito à moradia, introduzido com a promulgação da referida emenda. Aduzem, inicialmente, que sendo o direito à moradia um direito social por excelência, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, de modo a estabelecer apenas um horizonte de atuação para o Estado, carecendo, para tanto, de regulamentação, sem a qual não vem a ter eficácia plena. Contudo, mister aduzir que, ainda que em seu aspecto estrutural, a norma que garante o direito à moradia fosse tida como uma norma programática, não haveria que se falar em não vigência dessa norma, pois, ainda sim geraria os seguintes efeitos: a) revogação de todos os atos normativos anteriores a vigência da Constituição Federal, tendentes a lesionar o direito à moradia; b) vinculação do legislador no sentido de legislar de forma a concretizar o acesso à casa própria, visando, por corolário, resguardar o direito de quem já possui moradia; c) proibição ao poder legislativo de expedir normas que contrariem a determinação constitucional, de maneira que, caso houvesse, seriam materialmente inconstitucional; d) proibição ao retrocesso no sentido de proibir a revogação de normas jurídicas já existentes visando esta proteção jusfundamental (AINA, 2002).

Na sequência, defendem, ainda, que não há violação ao Princípio da Isonomia em razão do contrato de locação e de fiança serem distintos, visto que,

enquanto o locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, o fiador responderia tão-somente, pelo acessório, qual seja, o contrato de fiança (HORA NETO, 2007).

Além disso, narra Hora Neto (2007), a referida exceção teria por alvo fomentar o mercado de locação, facilitando o direito à moradia, sobretudo daquelas pessoas com menor poder aquisitivo, o que não ocorreria na hipótese de impenhorabilidade do bem do fiador em decorrência de maiores dificuldades de conseguir um que apresentasse dois imóveis. Ao mais, advogam que caso fosse inconstitucional tal exceção, haveria uma redução na oferta de imóveis para locação, podendo, inclusive, fomentar a má-fé dos inquilinos, os quais, propositalmente, deixariam de pagar aluguéis com a certeza de que os bens de seus garantidores estariam a salvo de constrição judicial, posto que impenhoráveis. Outrossim, resultariam, sem dúvida, inconstitucionais às demais exceções previstas no incisos do artigo 3º.

Em contrapartida, a segunda corrente de pensamento sustenta a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício em razão, exatamente, da não recepção pela Emenda 26/2000 da exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90. Os defensores da tese da impenhorabilidade entendem que a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 não tem nenhuma eficácia, em face da inclusão do direito à moradia como um direito social, introduzido pela mencionada emenda, sendo esta, uma norma constitucional de eficácia plena e de aplicação imediata. Argumentam que a Emenda Constitucional nº 26/2000 não recepcionou a referida exceção, uma vez que o direito à moradia deriva de uma norma constitucional auto aplicável, de eficácia plena, imediata e direta, e a qual diz respeito à dignidade da pessoa humana⁹⁷, e que, em sendo uma norma maior, dever ser aplicada em detrimento de uma norma menor (HORA NETO, 2007).

Consoante Hora Neto (2007), sustentam que há grave violação ao princípio da isonomia⁹⁸ na medida em que a exceção prevista, introduzida pela Lei 8.245/91,

97 TÍTULO I. Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º. **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:** (...) III - **a dignidade da pessoa humana.** (grifo nosso)

98 Constituição Federal de 1988. Art. 5º. *caput*. **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

feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, e, por conseguinte, olvidando o brocado “*ubi aedem ratio, ibi aedem legis dispositio*”, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Nesse sentido, defende-se que em sendo o direito à moradia um direito humano fundamental de segunda dimensão, portanto, um direito social, deve ser amparado e protegido pela regra geral da impenhorabilidade, visto que diz respeito à moradia do homem e da sua família. Assim, em sendo um direito fundamental de todos, seja locatário ou fiador, deve a garantia da impenhorabilidade ser estendida a ambos e não apenas sobre o bem de família do locatário, ficando ao desamparo o do fiador que torna-se passível de penhora.

Além disso, a violação ao princípio isonômico não se resume somente a esta questão, mas, igualmente, no que diz respeito ao contrato de fiança. Ora, sendo este um contrato acessório e subsidiário – por depender da existência de um contrato principal, (neste caso, o de locação) e ter sua exceção subordinada ao não cumprimento deste, pelo devedor principal – não é justo e lícito que o fiador assuma obrigações mais onerosas do que o afiançado (o devedor principal), pois ainda que este renuncie ao benefício de ordem, estará pagando uma dívida que não lhe pertence e que de fato interessa exclusivamente ao devedor-principal, isto é, ao locatário (HORA NETO, 2007).

Sustentam ainda os defensores desta corrente que a exceção ora capitulada, destoa das demais exceções ali previstas⁹⁹, haja vista que estas tutelam valores a serem preservados que estariam em um patamar superior ou igual à proteção do bem de família, como ocorre com a proteção ao crédito de natureza alimentar, por exemplo. Diante disto, resta mais do que patente que a inserção da obrigação decorrente de fiança, deu-se em razão aos reclamos do mercado de locação (HORA NETO, 2007).

seguintes (grifo nosso)

99 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. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991) (grifo nosso)

Ao mais, tal exceção fere também o Princípio da Boa-fé objetiva¹⁰⁰, haja vista que os contratos de locação, no mundo hodierno, são constituídos não sob a forma paritária, mas majoritariamente sob a forma adesiva, isto é, efetivados sob a forma de contrato de adesão, o que importa dizer, como sabido, que as cláusulas já se acham impressas, ditadas, certamente, pelo contratante economicamente mais forte (no caso, o locador), mediante instrumentos inscritos que já se acham previamente redigidos e que são colocados à disposição do locatário e do fiador apenas para um único gesto: aceitar ou recusar em bloco. De conseguinte, em tais contratos já há cláusulas impressas, segundo as quais o fiador renuncia ao benefício de ordem, tornando-se assim, devedor solidário sem que sequer venha a ser advertido sobre as consequências da contratação, ou, mais precisamente, sobre a possibilidade de ver ser executado seu único bem de família para pagar uma dívida que não é sua. Neste contexto, imprescindível referir que o contrato de locação, onde naturalmente habita a fiança locatícia, além de adesivo é, também, um contrato de consumo¹⁰¹ e, como tal, deve ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor em consonância com o Código Civil, haja vista serem ambas as leis corpos normativos em que vulta o interesse social, coletivo, em detrimento do meramente individual (HORA NETO, 2007).

Nessa linha, ainda que minoritária, essa posição dá a entender, em suma, ser tal previsão inconstitucional por violar o princípio da isonomia e a proteção à dignidade da pessoa humana. Segundo Tartuce (2005), a lesão à isonomia reside no fato de que em sendo a fiança um contrato acessório, como mencionado noutra parte, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal, qual seja, o de

100 Código Civil. Art. 422. **Os contratantes são obrigados a guardar**, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, **os princípios de probidade e boa-fé**. Código de Defesa do Consumidor. Art. 51. **São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais** relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que **coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**. (grifo nosso)

101 O contrato de locação é um contrato de adesão e de consumo. É contrato de Adesão por persistir uma mínima liberdade de contratar, visto que em sendo os contratos locativos celebrados com a intervenção das administradoras de imóveis, as quais redigem cláusulas e condições prévia e unilateralmente, impõem ao locador, locatário e fiador – estes nas condições de aderentes – todas as estipulações contratuais. Desta forma, resta apenas aos contratantes mais fracos a liberdade mínima (ou nenhuma) de contratar. É contrato de consumo em razão do fato de o locatário e respectivo fiador, serem eminentemente consumidores na medida em que, ao contratarem uma administradora de imóveis, se utilizam de um produto (imóvel) por determinando período como destinatário final, mediante a contrapartida de uma remuneração (o aluguel) paga ao fornecedor do produto (o locador), que é o proprietário do produto, ou seja, do imóvel (HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em 14 de abr. de 2009.)

locação. Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia que seria, a bem da verdade, a exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, à luz do Direito Civil Constitucional, nada forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia ao tratar de forma desigual locatário e fiador, razão pela qual não há como aceitar tal previsão.

Nesse contexto, refere Hora Neto (2007), evidentemente, a questão resultou de veras polêmica, quando, então, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário nº 407.688¹⁰², de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 08 de fevereiro de 2006, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, mantendo a decisão do extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, o qual determinou a penhora do bem de família do fiador, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Ayres de Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Entendeu por maioria, não haver incompatibilidade entre a Lei a referida Emenda, concluindo pela recepção da Lei infraconstitucional e pela penhorabilidade do bem de família do fiador de locação.

Em síntese, o Supremo decidiu que o único imóvel, este consubstanciado em bem de família, de uma pessoa que assume a condição de fiadora em contrato de locação, pode ser penhorado em caso de inadimplência do inquilino. No caso, a tese do recorrente (o fiador) era de que à exceção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 ofendia o artigo 6º da Constituição Federal, alterado pela Emenda 26/2000, a qual incluía a moradia no rol dos direitos sociais constitucionalmente amparados. Durante o julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, os ministros debateram duas questões: se devia prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou, se o direito social à moradia, previsto na Carta Magna deveria ter prevalência. Em outras palavras, isto implicaria dizer se a referida exceção estaria, ou não, em confronto com o texto constitucional ao permitir a penhora do bem de família do fiador para o pagamento de dívidas decorrentes de inadimplemento contratual.

102 “EMENTA: 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. Recurso Extraordinário nº 407688. Brasília, 08 de fev. de 2006).”

Assim, o relator da matéria, Ministro Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador. A seu juízo, o cidadão tem a liberdade de escolher, se deve ou não, avaliar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica. Por conseguinte, o Ministro não viu incompatibilidade entre o dispositivo da Lei de Impenhorabilidade do bem de família e a Emenda Constitucional nº 26/2000, a qual trata do direito social à moradia, ao alterar o artigo 6º da Constituição. O entendimento foi acompanhado por outros seis ministros. Contrariamente, o Ministro Eros Grau divergiu do Relator no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família de fiador, citando, para tanto, como precedentes, dois recursos extraordinários, quais sejam, RE 352.940¹⁰³ e RE 449.657¹⁰⁴, relatados pelo então Ministro Carlos Velloso em decisão monocrática e decididos a fim de impedir a penhora do único imóvel do fiador.

Nesses dois recursos entendeu-se que o dispositivo da lei ao excluir o fiador da proteção contra a penhora do imóvel, ofendeu o princípio constitucional da isonomia. Nessa esteira, mister transcrever parte da decisão do Recurso Extraordinário 352.940, *in verbis*:

(...) Em trabalho doutrinário que escrevi “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil”, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 – registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração – direito social – que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. **Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art.**

103. “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua **não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.** (STF. Recurso Extraordinário nº 352940. Brasília, **25 de abr. de 2005**).” (grifo nosso)

104 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’: sua **não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000.** Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF. Recurso Extraordinário nº 449657. Brasília, **27 de abr. de 2005**).” (grifo nosso)

3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. **Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social.** Ora, o bem de família – Lei 8.009/90, art. 1º – encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência. (grifo nosso)

O voto divergente do Ministro Eros Grau foi acompanhado pelos Ministros Carlos Ayres de Britto e Celso de Mello, sob o argumento de que a Constituição ampara a família e a sua moradia, nos termos do artigo 6º da Carta Magna, de maneira que o direito à moradia seria um direito humano fundamental de segunda geração, tornando, por corolário, impenhorável o bem de família. No entanto, ao fim, prevaleceu o entendimento do Relator, por 7 votos a 3, que negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, o qual determinou a penhora do bem de família do fiador.

Diante da posição do Supremo, ficam evidentes os votos minoritários e a corrente que defende a não recepção e incompatibilidade entre a Lei 8.009/90 e a Emenda Constitucional 26/2000. Fica a interrogação, isto é, se a decisão da Corte Constitucional não emprestou ênfase exagerada ao princípio da irretroatividade das convenções, bem como ao princípio romano do *pacta sunt servanda* – segundo o qual o contrato deve ser fielmente cumprido por fazer lei entre as partes – em detrimento de outros princípios contratuais de maior valoração axiológica ou de conteúdo social mais acentuado, como por exemplo, os princípios que informam o Código de Defesa do Consumidor e os modernos princípios contratuais do Código Civil de 2002, além, sobretudo, dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

Poderia argumentar-se que há um equívoco na decisão do Supremo Tribunal Federal em virtude de fazer prevalecer a tese do positivismo extremado. Ora, incontestavelmente, como bem argumenta Hora Neto (2007), a decisão majoritária não enfrentou outros quadrantes do tema, todos eles iluminados pelo direito civil constitucional, o qual, acha-se amparado em três princípios fundamentais, todos

eles de matriz constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade social¹⁰⁵ e, por fim, o princípio da igualdade – os quais irradiam todo o sistema jurídico, vindo a dar concretude à normatividade constitucional. Nessa linha de intelecção, importa referir que o contrato não pode fugir dessa concepção, pois certo que a interpretação da capitulada exceção mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos¹⁰⁶, o qual preconiza que os contratos devem ser interpretados de acordo com contexto da sociedade e com a fundamentação constitucional através da tríade dignidade-solidariedade-igualdade. Assim, vale dizer que o princípio da função social dos contratos não elimina o princípio da autonomia contratual, mas apenas reduz seu alcance quando presentes interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana. O direito constitucional à moradia acabaria limitando, portanto, a autonomia privada.

Consoante Sampietro (2005), a dignidade da pessoa humana alterou a sistemática da teoria contratual, sendo que esta representa nova roupagem a fim de se adaptar à *novel* realidade contratual. Portanto, possuindo todo e qualquer contrato cunho social, ao se admitir constitucional a penhora do imóvel do fiador, estaria se privilegiando o individualismo do século XVIII em desfavor do trinômio dignidade-solidariedade-igualdade, vértices do moderno direito civil.

Ao mais, importa referir que o princípio da dignidade da pessoa humana é fonte simultânea de direitos humanos e de direitos de personalidade, de maneira a concluir que o ser humano e a dignidade antecedem o ordenamento jurídico. Nessa linha de pensamento, transcreve-se fragmentos da decisão de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o qual assim considera:

(...) para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º. da Carta Magna (...)

Não se pode olvidar que, ao declarar a impenhorabilidade do único bem de família o legislador procurou amparar os menos assistidos economicamente, impedindo a extensão da miséria, dando-se proteção à família, considerada a célula-mãe de toda uma sociedade. Portanto, se considerarmos que o fiador não anuiu expressamente com a possibilidade de que seu único bem imóvel, utilizado como residência, pudesse vir a garantir dívida não paga de locação, **o inciso VII, em questão, encontra-se em vias de colisão com o**

105 Constituição Federal de 1988. Art. 3º. **Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:** I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**. (grifo nosso)

106 Código Civil. Art. 421. **A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.** Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para **assegurar a função social da propriedade e dos contratos**. (grifo nosso)

fim social da Lei 8.009/90, por afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível Nº. 2007.016730-1/0000-00, Quinta Turma Cível, **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, Relator: Sideni Soncini Pimentel, **Julgado em 05/02/2009**) (grifo nosso)

O mesmo é o entendimento do Tribunal de Minas Gerais:

Com efeito, o direito à moradia, base da IMPENHORABILIDADE do BEM de FAMÍLIA, é direito social assegurado pela Constituição de 1988. Nem permite a regra da igualdade tratar desigualmente locatário e fiador. Sem contar que o fiador perderia seu imóvel residencial por uma dívida que nem sequer se beneficiou. E o legislador, ao criar o instituto da IMPENHORABILIDADE do BEM de FAMÍLIA, quis proteger a dignidade da pessoa humana, incompatível com a situação de penúria e de desabrigo. Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior: É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que **'a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade da pessoa humana'**. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua FAMÍLIA, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, institui o código a IMPENHORABILIDADE de certos bens como alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida (art. 649)" (Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Processo Cautelar. Rio de Janeiro: 28ª Edição. Forense, 2000, p.12).

Logo, o inciso VII do art. 3.º da Lei 8.009/90 não apenas viola o art. 6.º da Carta Magna, como também afronta o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF) e da igualdade (art. 5.º, caput, da CF). (Embargos Infringentes Nº. 1.0480.05.076516-7/004 em Apelação Cível Nº. 1.0480.05.076516-7/003, Décima Oitava Câmara Cível, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Relator: Fábio Maia Viani, **Julgado em 09/09/2008**) (grifo nosso)

Vislumbra-se que a tese de inconstitucionalidade da previsão do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90 prospera, haja vista que muito recentemente, tribunais de instância inferior, vêm reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel do fiador em contrariedade ao entendimento até então pacificado do Supremo. Nesse sentido, impende transcrever a ementa dos referidos acórdãos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. FIADOR MORADIA. BEM DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. I - A MORADIA, RECONHECIDA COMO DIREITO SOCIAL, VISA GARANTIR AO CIDADÃO UMA VIDA COM MAIS DIGNIDADE E SEGURANÇA, DE TAL FORMA QUE A FAMÍLIA RESTE PROTEGIDA EM ALGUMAS SITUAÇÕES. A IMPENHORABILIDADE DA MORADIA DECORRE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL, PARA TODOS. II - A LEI N. 8.245/91, EM SEU ARTIGO 3, INCISO VII, FERIU O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, UMA VEZ QUE DAR AO CONTRATO ACESSÓRIO DE FIANÇA MAIS OBRIGAÇÕES DO QUE AS CONFERIDAS A QUEM CONTRATA A LOCAÇÃO, O CONTRATO PRINCIPAL, É ATRIBUIR MAIOR ÔNUS A QUEM POSSIBILITA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE MORADIA A ALGUÉM, EM DETRIMENTO DE SUA PRÓPRIA PESSOA E DE SUA FAMÍLIA. III - **O ART. 3, INC. VII DA LEI N. 8.009/90, NÃO FOI RECEPCIONADO PELO ART. 6 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/2000. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

(Apelação Cível Nº. 126346-3/188, Terceira Câmara Cível, **Tribunal de Justiça de Goiás**, Relator: Felipe Batista Cordeiro, **Julgado em 02/09/2008**) (grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – FIADOR – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE. **É impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei n 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000).** (Apelação Cível Nº. 2007.026612-8/0000-00, Terceira Turma Cível, **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo, **Julgado em 18/08/2008**) (grifo nosso)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - FIANÇA - IMPOSSIBILIDADE DE SE DISCUTIR SOBRE A VALIDADE DA FIANÇA - **BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA - ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL - NULIDADE DA PENHORA - RENOVAÇÃO DOS EMBARGOS - ART. 268 DO CPC - POSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA.** - Em se tratando de execução fundada em título judicial, no qual se condenou o fiador, solidariamente com o devedor principal, ao pagamento da dívida oriunda de CONTRATO de LOCAÇÃO, entende-se que não cabe discutir, nos embargos à execução, a respeito da validade ou não da fiança concedida em referido CONTRATO, porquanto essa questão, em virtude do trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, restou preclusa (art. 474 do CPC). - A Lei 8.009/90, ao dispor sobre BEM de FAMÍLIA, vedou a PENHORA do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º. - **No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 - penhorabilidade do BEM de FAMÍLIA do fiador em CONTRATO de LOCAÇÃO -, o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador.** - Tendo em vista que o legislador não estabeleceu um momento preclusivo para a oposição de embargos de terceiro - uma vez que podem ser apresentados a qualquer tempo enquanto persistir a constrição sobre o BEM -, não há que se falar em comportamento temerário por parte do apelado ao renovar os embargos de terceiro. - Demonstrado que todas as questões suscitadas pelas partes foram decididas, não há que se falar em prequestionamento para o órgão julgador manifestar-se expressamente a respeito de dispositivos legais. **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. VOGAL.** (Apelação Cível Nº. 1.0024.06.204395-5/001, Décima Oitava Câmara Cível, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Relator: Elpídio Donizetti, **Julgado em 25/11/2008**) (grifo nosso)

Além disso, em razão de tal questão ter sido por diversas vezes debatida no Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, tornou-se ela alvo de incidente de uniformização de jurisprudência:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – DIVERGÊNCIA CONFIGURADA – IMPENHORABILIDADE DO ÚNICO IMÓVEL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. I – Dissídio configurado entre diferentes órgãos julgadores da corte justifica uniformização de jurisprudência. II – Incidência de penhora sobre único imóvel do fiador em contrato de locação, face a exceção prevista no artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90, após edição da emenda constitucional nº 26/2000,

que modificou o artigo 6º, da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais do cidadão. III – **Uniformizada a jurisprudência no sentido de afastar a possibilidade de penhora sobre único imóvel do fiador em contrato de locação.** IV – Procedência da argüição.” (Órgão Especial, Uniformização da Jurisprudência nº 42-0/233, Tribunal de Justiça de Goiás, Relatora: Beatriz Figueiredo Franco, in DJ nº. 14822, de 18/08/2006).

Dessarte, em termos de proposta para acalmar a voracidade do mercado imobiliário e, assim, afastar a penhora do bem de família do fiador locatício, faz-se necessário que o governo, mediante o dirigismo estatal, reestruture o seguro de fiança locatícia, que praticamente não funciona em razão da usura do sistema bancário que impõe condições abusivas, mas que afigura-se como um microsistema jurídico valiosíssimo, mormente em uma sociedade como a nossa, que apresenta um imenso *déficit* habitacional¹⁰⁷. Nesse contexto, imprescindível reiterar o já aduzido no Capítulo II:

Outra figura de garantia colocada à disposição do locador é o seguro de fiança locatícia (...) representa um significativo avanço no direito que rege as locações prediais urbanas, visto que tal modalidade tem inegável alcance social, já que vem amparar as classes menos favorecidas, que encontram grandes dificuldades para conseguir fiadores, proprietários de imóveis, normalmente exigidos pelas empresas imobiliárias. (...) Nesse contexto, é, de fato, a modalidade de garantia que vem tendo grande aceitação, notadamente, para atender às circunstâncias de pessoas que vão morar em outra cidade e não têm conhecidos, amigos ou parentes no local que possam lhe servir de fiadores. Além disso, evita, igualmente, o constrangimento de solicitar fiança a terceiros, que, se aceita, normalmente, é dada com certa relutância.

Diante deste cenário, a revitalização do seguro de fiança locatícia, fomentaria o mercado imobiliário, atendendo os anseios de todos, locadores e locatários, tornando-se, doravante, uma garantia eficiente, prática, justa e fundamentalmente impessoal, na medida que diminuiria em muito à procura pela fiança locatícia pessoal. Assim, a fiança somente seria usada para fiadores com mais de um imóvel, que uma eventual constrição judicial fosse penhorado aquele bem que não caracterizasse bem de família. Todavia, ao persistir o quadro atual, sufragado pela

107 Em virtude do grande deficit habitacional apresentado em nosso país, a Caixa Econômica Federal, lançou o “Consórcio Imobiliários da CAIXA”, em vigor desde 6 de fevereiro de 2009, instituído pela Lei nº. 11.795, de 8 de outubro de 2008, a qual dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Este consórcio consiste na oportunidade de adquirir um terreno e construir um imóvel, através de uma Carta de Crédito com valores entre R\$ 30 mil e R\$ 300 mil, com parcelas a partir de R\$ 319,14 por mês, podendo, inclusive, fazer uso dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, para financiar até 100% da casa, com prazo de até 30 anos para pagar, podendo-se usar até 30% da renda avaliada pela CAIXA para quitar as prestações do bem. (Fonte: CAIXA ECÔNOMICA FEDERAL. Habitação. Consórcio Imobiliário. 5º Feirão CAIXA da Casa Própria. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/habitacao/index.asp>> Acesso em 25 de mai. de 2009.)

posição do Supremo, apenas o inquilino estará se beneficiando da locação, uma vez que irá morar em um imóvel e, ao não pagar os aluguéis, quem fará suas vezes será, justamente, aquele que nada tem a ver com o seu débito, isto é, o fiador (AINA, 2002).

Assim, de acordo com Aina (2002), a solução para o caso, reitera-se, seria a maior amplitude do seguro de fiança locatícia, visto que, com sua efetiva disseminação, poderiam ser feitos os ajustes necessários para que funcionasse a contento de todos os envolvidos. Seguramente, é a modalidade mais democrática de garantia, porquanto depender tão somente da capacidade do pretendente à locação, em contrapartida à fiança, a qual depende de um terceiro e que, na grande maioria das vezes, ocasiona prejuízos para o garante. Não por menos, a Câmara de Deputados, aprovou recentemente mudanças na relação dos fiadores de imóveis com locatários e proprietários, vindo a atualizar a Lei do Inquilinato através do Projeto de Lei nº. 71/07 de autoria do deputado baiano José Carlos Araújo, o qual ainda será objeto de votação no Senado¹⁰⁸.

Por derradeiro, cabe referir, diante de todo o exposto, que a matéria suscitada da questão, ora em debate, está muito longe de ter entendimento pacificado como tentou o Egrégio Supremo Tribunal Federal. O que se verifica, na prática jurídica, ainda que de forma minoritária, é que julgados dos tribunais estaduais evidenciam, sobremaneira, que não há entendimento definitivo que sinalize a plena constitucionalidade da exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90. Resta, por consequência, o aguardo do transcurso do tempo a fim de que aponte qual caminho, dentre os posicionamentos dos Tribunais, doravante, a ser trilhado no tocante à possibilidade ou impossibilidade da penhora do único bem do fiador, isto é, consolidando ou não a inconstitucionalidade do dispositivo e, finalmente,

108 A Câmara dos Deputados aprovou mudanças na relação dos fiadores de imóveis com locatários e proprietários. O projeto, que ainda será votado pelo Senado, permite ao dono do imóvel exigir um novo fiador ou novas garantias em caso de separação de um casal que alugava o imóvel. O texto estabelece que, nesses casos, o fiador original fica desobrigado de suas responsabilidades e só continuará responsável pela fiança até cento e vinte dias depois de notificar o locador. Essa é uma das alterações na Lei do Inquilinato, de 1991, que visa a adequar o texto às mudanças do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil. O novo texto também determina que, no caso de renovação do contrato, o fiador deverá reapresentar comprovação de renda. O projeto também permite que o locador não renove o contrato se receber uma proposta mais elevada, sendo que o inquilino só poderá continuar no imóvel se cobri-la. O texto também facilita a retomada do imóvel. A lei atual prevê a desocupação seis meses após o fim de todos os trâmites. Pelas novas regras, o juiz poderá determinar o despejo sem essa condicionalidade, respeitando trinta dias para a saída voluntária (Fonte: PROJETO DE LEI Nº 71/07. Alterações da Lei do inquilinato em relação à responsabilidade do fiador. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090507.pdf>> Acesso em: 28 de mai. de 2009.)

clarificando entendimento quanto ao verdadeiro sentido da inserção do direito à moradia como direito social constitucionalizado.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em tela, conforme seu objeto delimitado em capítulo próprio, qual seja, a (in)constitucionalidade do único bem de família do fiador em contrato locatício, pelo visto, apoiou-se em premissas de cunho teórico, sociológico e jurídico.

A primeira e fundamental premissa é a tutela da dignidade da pessoa humana, corolário para a defesa de outros valores fundamentais ao pleno desenvolvimento humano. Ainda, com amparo nas teses de constitucionalização do Direito, sustentou-se outra importante premissa, a qual se vincula à defesa do direito humano fundamental à moradia: pressuposto necessário à realização de outros direitos fundamentais, além de servir de base para a defesa do patrimônio mínimo, consubstanciado no bem de família.

Além das mencionadas premissas, outro aspecto relevante que fundamentou os argumentos sustentados no presente trabalho diz respeito à defesa do caráter instrumental do direito de propriedade, partindo-se do fato de que tal instituto biparte-se em direito fundamental autônomo e direito fundamental acessório/instrumental. O primeiro, de acordo com a Carta Magna de 1988, cumpre sua função social ao observar os princípios como o da dignidade humana e o da solidariedade. Já o direito de propriedade acessório está atrelado ao direito humano fundamental à moradia, posto servir de instrumento para o efetivo exercício deste, de maneira que, o direito de propriedade não pode ser equiparado, por exemplo, ao direito de crédito do locador, na medida em que traduz valores axiologicamente diferentes.

Nesse contexto, é inquestionável a correlação do bem de família com a concretização do direito humano fundamental à moradia, de tal sorte que o breve estudo acerca da eficácia jurídica e social dos direitos humanos, tornou-se necessário para analisar situações que envolvem dois direitos fundamentais: de um lado, o direito de crédito do locador e, de outro, o direito à moradia do fiador. Todavia, ao se ponderar as questões colocadas, deve-se, primeiramente, levar em consideração valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a família e o mínimo existencial. Nesse cenário, é possível visualizar o seguinte quadro: de um lado, o locador e seu direito de crédito - o qual pode ser suprido por outras formas, além de poder novamente colocar para locação o seu bem imóvel -, e, de outro, o fiador e o seu bem de família, que se vier a perdê-lo terá que se submeter às regras do mercado de locação, inclusive amargar com a possível dificuldade em arrumar alguém disposto a colocar-se na posição de garantidor. Além disso, verá vilipendiada a sua dignidade e de sua família; sentirá, ainda, a sua saúde física e mental sofrer os nefastos efeitos do processo que culminou com a perda da sua casa própria, entre outros prejuízos.

Nesse passo, ao enfrentar a questão da penhora do único bem do fiador, prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, à luz da Constituição Federal de 1988, analisou-se a jurisprudência das Cortes de Justiça brasileira, no tocante à impenhorabilidade do único bem de família do fiador. Apesar da constatação de que a maioria das decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como do Supremo Tribunal Federal, admitir a possibilidade da penhora do único bem de família do fiador, tendo como fundamento a letra fria da lei, pode-se dizer que dentre os vinte e sete Tribunais de Justiça do país, em pesquisa jurisprudencial realizada até o mês de abril do corrente ano, três divergiram, inclusive com incidente de uniformização jurisprudencial, a favor da impenhorabilidade do bem do fiador. Desta forma, não se perde a esperança de que se veja o homem como algo de carne e osso. E diga-se que, enquanto houver esperança, haverá força para se caminhar rumo ao Estado Democrático Constitucional e Humanitário de Direito.

Desta feita, por tudo o que foi esposado neste trabalho, diante das premissas apresentadas e dos argumentos defendidos, conclui-se que a posição do Supremo, a qual analisou a referida norma – que prevê a penhora do bem de família do fiador – não tem a devida solidez examinada pelos prisma sociológico e jurídico. A uma, por que dá prevalência ao direito de crédito em detrimento da dignidade da pessoa do

fiador e de sua família. A duas, porquanto tal decisão não ponderou o contexto social em que a norma está inserida, na qual a maioria das pessoas que assumem a posição de garantidor, em contrato de locação, não tem a correta noção das consequências práticas de seu ato e, em regra, são proprietárias de um único imóvel. A três, porque a decisão do Supremo Tribunal Federal não se sustenta juridicamente, por duas razões distintas: a primeira ao não considerar a violação do princípio da igualdade existente no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, eis que o mencionado diploma legal protege o bem do locatário (caso este o tenha), mas afasta o manto da impenhorabilidade daquele que foi fiador. A segunda razão, em função da qual não merece prosperar a referida decisão do Supremo, diz respeito ao fato de que a propriedade consubstanciada no bem de família, posto ser mero instrumento para a concretização do direito humano fundamental à moradia, entende-se requisito essencial à efetividade de outros valores fundamentais como a vida, a saúde e a cidadania.

No cenário em que o direito constitucional humanitário contemporâneo vem se delineando, não há mais espaço para mera aplicação da letra fria da lei ao caso concreto. Como diz Ana Alice de Carli (2009), “as relações jurídicas necessitam de uma releitura a partir de uma visão antropocêntrica, amparada na dignidade da pessoa humana, de tal sorte que o homem deve ser analisado a partir de suas necessidades particulares, e não como um ser genérico e abstrato.” Desta feita, devem o Código Civil e demais leis esparsas se coadunar com as normas constitucionais, em especial aquelas que consagram direitos fundamentais, de modo que inadmissível que um diploma legal venha a restringir um direito fundamental, como é o caso do direito à moradia, em benefício de um direito de crédito que pode ser exigido por outros meios menos gravosos.

Cumprir destacar, ainda, que as garantias contratuais, em particular, do contrato de locação, não podem reduzir à miserabilidade aquele que, num ato de generosidade, assumiu a obrigação de garantidor. Desta forma, entende-se que o Estado deve incentivar outras formas de garantia – como no caso do seguro de fiança locatícia –, que não ponham em risco a dignidade, a segurança e o desenvolvimento daquele que já conseguiu a sua tão sonhada casa própria, concretizando, com isso, a pleno exercício do direito humano fundamental à moradia.

Espera-se que em um futuro próximo, o legislador reveja a norma inserta no

inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, que admite a penhora do bem de família do fiador, expurgando-a do ordenamento jurídico. E, se assim, não o fizer o legislador, deposita-se esperança na suprema corte constitucional brasileira, para que de algum modo reveja sua posição, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, condicionado a validade da referida regra à existência de um bem excedente do fiador e que, portanto, esteja fora de seu patrimônio mínimo e que não lhe sirva de abrigo, como é o caso de seu bem de família.



REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia. Direito Fundamental à moradia frente a situação do fiador proprietário de bem de família.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família.** ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1974.

BARBI, Humberto Agrícola. **Das locações residenciais e comerciais: doutrina, prática e jurisprudência.** ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos. Interpretação à luz do Código Civil.** ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENEFÍCIO DE ORDEM. O que é? Disponível em:
<<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=4121>> Acesso em: 14 abr. 2009.

BÍBLIA SAGRADA. Português. Livro de Provérbios. Tradução feita pelos monges de maredous. 68. ed. rev. por Frei João José Pedreira de Castro e pela equipe auxiliar da editora. São Paulo: Ave Maria, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família.** ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Código Civil, Código Comercial, Processo Civil, Constituição Federal.** Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 352940 Recorrente: Ernesto Gradella Neto. Recorrido: Teresa Cândida dos Santos Silva. Ministro Relator Carlos Velloso. Brasília, 25 de abril de 2005. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=87&dataPublicacaoDj=09/05/2005&numProcesso=449657&siglaClasse=RE&codRecurso=0&tip>>

oJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=64&codMateria=3>. Acesso em: 30 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407688. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antônio Pecci. Ministro Relator Cezar Peluso. Brasília, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20407688.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20407688.ACMS.\)&b ase=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20407688.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20407688.ACMS.)&b ase=baseAcordaos)>. Acesso em: 30 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 449657. Recorrente: Antônio Elpidio Moreira. Recorrido: Espólio de Antônio Marques. Ministro Relator Carlos Velloso. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=87&dataPublicacaoDj=09/05/2005&numProcesso=449657&siglaClasse=RE&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=64&codMateria=3>>. Acesso em: 30 set. 2008.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARTA MAGNA DE 1215. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta#A_Magna_Carta_e_eventos_subseq.C3.B Centes> Acesso em: 25 mar. 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Habitação. Consórcio Imobiliário**. 5º Feirão CAIXA da Casa Própria. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/habitacao/index.asp>> Acesso em: 25 mai. 2009.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90**. 4. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o> Acesso em: 22 ago. 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 24 mar. 2009.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 18 abr. 2009.

BRASIL. **DECRETO Nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 15 abr. 2009.

BRASIL. **DECRETO Nº 59.566**, de 14 de novembro de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/110642/decreto-59566-66>> Acesso em: 07 mai. 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 11. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

FERREIRA, Paulo Roberto Pires. **A Lei 11.196/05 (MP do Bem) e os Contratos Fidejussórios**. 2003. Disponível em: <http://www.mcp-advogados.com.br/site/artigos/mp_do_bem.html> Acesso em: 01 jul. 2009.

FIUZA, Ricardo (coordenador). **Novo Código Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAIUS. **Quem foi?** Disponível em: <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://en.wikipedia.org/wiki/Gaius&ei=qn0ASvSiJMLcmQfzzqSVCA&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dgaius%26hl%3Dpt-BR>> Acesso em: 05 mai. 2009.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 126346-3/188, 3ª Câmara Cível. Apelante: Dilson Antunes de Oliveira e Outro. Apelado: Divino Eterno dos Santos. Relator: Felipe Batista Cordeiro. Goiás, 02 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações. Parte Geral**. v. 5. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito das Obrigações. Parte Especial**. v. 6. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

HILGERT, Renato Luiz. **O direito social à moradia e a relação com a implementação da cidadania**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação – mestrado em Direito, área de concentração em direitos sociais e políticas públicas de inclusão social – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. MORAES, Renato Duarte Franco de. **Direito das Obrigações. Direito Civil**. v. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia . **Jus**

Navigandi. Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. **Lei 6.015/73.** Dispõe sobre os os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 18 abr. 2009.

BRASIL. **Lei 6.830/80.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 07 abr. 2009.

BRASIL. **Lei 8.009/90.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 07 abr. 2009.

BRASIL. **Lei 8.245/91.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm> Acesso em: 07 abr. 2009.

LOBBY. **O que é?** Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/politica/lobby.htm>> Acesso em: 07 abr. 2009.

MARTINS, Sergio Avila Doria. O bem de família mobiliário no novo Código Civil . **Jus Navigandi.** Teresina, ano 12, n. 1727, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11078>>. Acesso em: 22 out. 2008.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 2007.026612-8/0000-00, da 3ª Turma Cível. Apelante: Célio Luiz Wolf representado pela mãe Rosana Maria Corvalan Wolf e Outros. Apelado: Bernardo Elias Lahdo e Outros. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Mato Grosso do Sul, 18 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/esaj/jurisprudencia/consulta.do>>. Acesso em 20 mar. 2009.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 2007.016730-1/0000-00, da 5ª Turma Cível. Apelante: Lourença Valdez da Silva. Apelado: Ramão Carlos Zatorre. Relator: Sideni Soncini Pimentel. Mato Grosso do Sul, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/esaj/jurisprudencia/consulta.do>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº. 1.0480.05.076516-7/004 em Apelação Cível Nº. 1.0480.05.076516-7/003, da 18ª Câmara Cível. Embargante: Niceias Rodrigues Cordeiro e Outros. Embargado: Marcos Gomes de Deus e Outros. Relator: Fábio Maia Viani. Minas Gerais, 09 de setembro de 2008. Disponível em: <

http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=480&ano=5&txt_processo=76516&complemento=4&sequencial=0&palavrasConsulta=imp+enhorabilidade%20do%20bem%20de%20familia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 11 fev. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 1.0024.06.204395-5/001, da 18ª Câmara Cível. Apelante: Edmo Portilho de Magalhães. Apelado: Elmo Lino Amorim. Litisconsorte: Fabiano Kelly de Carvalho, Carlos Augusto de Carvalho Santos e sua mulher, Ivone Maria Amorim. Relator: Elpídio Donizetti. Minas Gerais, 25 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=204395&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=imp+enhorabilidade%20do%20bem%20de%20familia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 fev. 2009.

PAULO, Antônio de. **Pequeno dicionário jurídico**. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume V. Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREZ, Pablo Luis Barros. **O bem de família versus a fiança locatária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 97, 8 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4341>>. Acesso em: 22 mai. 2008.

PRADO, Danda. **O que é família**. Coleção primeiros passos, nº 50. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PRATES, Clyde Werneck. **Locação Predial: aspectos relevantes**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº. 71/07**. Alterações da Lei do inquilinato em relação a responsabilidade do fiador. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090507.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2009.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A previsão da norma do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 é inconstitucional. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7574>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

SANDER, Tatiane. Do Bem de Família. **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, a. 3, nº 134, 14 de jul. de 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=706>> Acesso em: 22 out. 2008.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. e. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 27. ed. rev. e atual. (até a emenda constitucional nº 52, de 08 de março de 2006), São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)**. 5. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2006.

TARTUCE, Flávio. A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 16. ed. rev, ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2004

WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). **Fundamentos da história do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.