

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO- UAD

ISSIS MADALENA DE MACENA DIAS

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS

SOUSA
2018

ISSIS MADALENA DE MACENA DIAS

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

SOUSA

2018

ISSIS MADALENA DE MACENA DIAS

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Aprovada em: 05 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino - UFCG

Examinadora: Prof. Ana Flávia Lins Souto - UFCG

Examinadora: Prof. Jacyara Farias Souza – UFCG

AGRADECIMENTOS

Primordialmente, tenho por prazer a demonstração da minha profunda gratidão a Deus. Pai que acalenta os corações, traça os melhores caminhos e ilumina as almas que se permitem, para que por eles sigam suas trajetórias. Força motriz da vida e expressão mais pura do amor genuíno, permite-nos a existência perante a sua doce e segura companhia, sem a qual jamais poderia concluir mais esta etapa da vida.

Imensamente grata a minha mãe, mulher forte que além de conceder-me a vida, nunca exitou em fornecer-me o que de melhor deteve, inclusive o seu zelo e amor incondicional. Exemplo de fortaleza, jamais vacilou mesmo diante das maiores adversidades impostas pela vida, às quais continua a vencer diariamente, estimulando-me a seguir o seu percurso de coragem e determinação.

Ainda destino os meus mais sinceros agradecimentos ao meu namorado, cuja perseverança e dedicação aos estudos tenho por inspiração. Ao passo em que a parceria ao longo de tantos anos me proporcionou a oportunidade de degustar os mais diversos sabores que a vida tem a oferecer, pude conhecer também o doce paladar de um amor jamais experimentado.

Ao estimado professor Giliard Cruz por prontamente consentir em orientar este trabalho, tornando sobremaneira mais agradável sua elaboração. Assim como, por compartilhar do seu admirável intelecto ao mesmo tempo em que irradia humildade e empatia perante todos os que se encontram próximos.

À professora Maria dos Remédios pela inestimável contribuição, fazendo-se presente das mais diversas maneiras no desenvolvimento deste estudo. Pessoa com a qual faço questão de partilhar o mérito desta conquista.

À “Pizeca”, cuja especial e carinhosa forma de fazer referência pode parecer estranha, mas não poderia soar melhor diante de um ser humano repleto das mais belas singularidades. Ser de luz e bondade que agora certamente encontra amparo diante do Nosso Senhor.

Às amigas com as quais tive a felicidade de conviver ao longo desta jornada estudantil, as quais certamente almejo preservar mesmo após findo este ciclo. Deusilândia, Nona, Allane, Reniqueli, Regiane, Ana Luisa, Neiara e Luana, obrigada pelo apoio que cada uma forneceu e que na medida das suas possibilidades conseguiram tornar mais alegres diversos dos meus dias.

Aos residentes do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, pela força que emanam e por diversas vezes redefinirem os conceitos de família proporcionando inclusão em um meio que geralmente se mostra segregante.

À todos que contribuíram direta ou indiretamente para este triunfo. Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto do bem de família mediante a perspectiva da possibilidade do fiador em contrato locatício ter o seu único bem imóvel de moradia penhorado perante a necessidade da satisfação do débito referente ao contrato principal (locação), analisando a consonância da referida situação com os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, norma máxima em hierarquia na seara jurídica nacional. O bem de família é um instituto jurídico de relevante significância social, uma vez que visa a proteção do imóvel próprio da entidade familiar, tendo o condão de torná-lo impenhorável pelas dívidas do seu proprietário, desde quando assim ele puder ser classificado. A Lei nº 8.245/1991, em seu artigo 82, acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/1990, o qual trata da situação na qual a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação não poderá ser oponível em face da dívida do locatário. Responsável por acalorados debates, tal norma ainda gera polêmica, principalmente, no que se refere ao âmbito doutrinário, com especificidade aos doutrinadores que seguem a corrente do chamado Direito Civil Constitucional, gerando questionamentos quanto a sua constitucionalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico, vista a sua potencial afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, assim como, o direito social à moradia. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a compatibilidade da referida previsão legal em face dos princípios e normas constitucionais. Para alcançar esses objetivos, é utilizado o método hipotético-dedutivo como método de abordagem, o método de documentação indireta como técnica de pesquisa, assim como o método histórico-evolutivo na análise dos institutos jurídicos importantes ao tema, tais como a família e o bem de família. Após análise doutrinária e jurisprudencial referente ao tema, deseja-se comprovar a incompatibilidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90 com a sistemática constitucional vigente neste país.

Palavras-chave: Bem de Família. Fiador. Penhora.

ABSTRACT

The present work deals with the institute of the good of family with the perspective of the possibility of the guarantor in a leasehold contract to have its sole immovable property impaired in the face of the need to satisfy the debt related to the main contract (lease), analyzing the consonance of the said situation with the basic principles of the Federal Constitution of 1988, maximum norm in hierarchy in the national legal system. The family property is a legal institute of significant social significance, since is intended to protect the property of the family entity, having the power to make it unenforceable for the debts of its owner, as long as it can be classified. Law n° 8245/1991, in its article 82, added item VII to article 3° of Law n° 8.009/1990, which deals with the situation in which the insurability of the guarantor's family property in a lease can not be enforceable against the renter's debt. Responsible for heated debates, this rule still generates controversy mainly regarding the doctrinal scope, with specificity to the doctrinators who follow the current of the called Civil Constitutional Law, generating questions as to its constitutionality and compatibility with the legal system, given its potential to confront constitutional principles of the dignity of the human person and isonomy, as well as such as the social right to housing. Thus, the present work aims at analyzing the compatibility of the said legal provision with the principles and norms constitutional provisions. To achieve these objectives, the hypothetical-deductive method is used as a method of approach, the method of indirect documentation as a research technique, as well as the historical-evolutionary method in the analysis of legal institutes important to the subject, such as family and good family's. After doctrinal and jurisprudence on the subject, it is desired to prove the incompatibility of article 3°, item VII, of Law n° 8.009/90 with the constitutional system in force in that country.

Keywords: Well of Family. Guarantor. Garnishment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2. HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA.....	12
2.1 A FAMÍLIA E A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO.....	12
2.2 O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.3 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA.....	23
3. DAS ESPÉCIES DE CONTRATO QUE IMPORTAM AO TEMA.....	27
3.1. DO CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	27
3.1.1. Conceito, natureza jurídica e especificações do contrato de locação.....	28
3.1.2. Dos direitos e deveres do locador e do locatário.....	31
3.1.3. Da extinção do contrato de locação.....	34
3.2. DO CONTRATO DE FIANÇA.....	36
3.2.1. Conceito, natureza jurídica e especificações.....	36
3.2.2 Dos direitos e deveres do fiador e do afiançado.....	38
3.2.3 Da extinção do contrato de fiança.....	40
4. A FIANÇA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A CONS- TITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.....	42
4.1 PENHORA DE BENS: CONCEITO, POSSIBILIDADES E ALCANCE DA ARRECADA- ÇÃO FORÇADA DE BENS.....	42
4.2 A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR SEGUNDO ENTEN- DIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	46
4.3 SITUAÇÃO DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE JURÍDICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

Em sociedade, rotineiramente se convive com a ponderação de interesses, onde uns acabam por preponderar sobre outros. Desta forma, cabe a cada indivíduo decidir sobre qual orientação seguir, assim como, arcar com as consequências advindas das suas escolhas. De forma análoga se sucede na seara jurídica, onde as normas irão incidir diretamente no corpo social, interferindo e regulando as relações entre as pessoas. Assim, cabe ao legislador e aos órgãos competentes uma refinada análise da legislação que será posta em vigência, assim como daquela já em execução, pois, ocorrendo falhas nesta apuração, poderá acarretar em sérios prejuízos aos indivíduos submetidos aquele ordenamento jurídico, tal como a lesão aos seus direitos fundamentais e sua dignidade humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Objetivando principalmente analisar a compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio da norma que prevê a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, esta pesquisa também tem por objetivos secundários averiguar historicamente a evolução do bem de família na seara jurídica nacional; além de investigar as características básicas dos institutos que remetem ao tema, tal como a penhora, a fiança e a locação; e expor o posicionamento dos tribunais superiores quanto ao tema.

Esta pesquisa se justifica juridicamente mediante a importância suprema da Constituição Federal de 1988 perante o seio forense brasileiro, não se podendo coadunar com qualquer dispositivo legal que venha a divergir dos seus preceitos intrínsecos ou extrínsecos. Neste sentido, mostra-se altamente relevante a análise da legislação infraconstitucional, ao passo em que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009 de 1990, viabiliza a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício, gera acalorados debates acerca da sua harmonia com os dispositivos constitucionais, sobretudo o direito social fundamental à moradia do fiador.

Visando a coletividade, esta pesquisa encontra justificativa na busca pelo conhecimento acerca da efetiva aplicação dos preceitos constitucionais no seio social, estes bases do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, não restam dúvidas acerca da necessidade extrema de abordar criticamente a situação em que se encontra o fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Proporcionada pela Lei nº 8.245/90, que

acrescentou o inciso VII, ao artigo 3º da Lei nº 8.009/90, a penhorabilidade do bem de família do fiador se faz questionável, uma vez que submete ao garantidor em contrato acessório (fiança) uma oneração maior que a permitida ao devedor garantido no contrato principal (locação), tendo em vista interesses metaindividuais e concernentes a justiça social.

Para a elaboração da pesquisa será usado o método hipotético-dedutivo como método de abordagem, mediante os seguintes aspectos: a Lei nº 8.245 de 1991 (Lei do Inquilinato), traz em seu artigo 82 uma modificação ao artigo 3º da Lei nº 8.009 de 1990, acrescentando-se mais uma exceção a impenhorabilidade do bem de família legal, sendo esta, referente ao bem de família do fiador nos contratos de locação, que, perante o infortúnio do inadimplemento do pacto no qual se faz garantidor, passa a sofrer o ônus da possível perda do seu local de moradia em favor do devedor principal. Assim, questiona-se se mediante a observância da dignidade da pessoa humana e tendo a Emenda Constitucional nº 26 de 2000 elencado a moradia como um direito fundamental, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios se verifica acolhida pela Constituição Federal de 1988 e seus preceitos, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizado o método de documentação indireta, buscando-se a maior quantidade de dados possíveis acerca da temática abordada, através da revisão bibliográfica em livros e artigos acadêmicos, coletas de jurisprudências e análise de argumentos jurídicos acerca do tema em questão, para que assim se possa embasar de forma credível e científica tal trabalho. Sendo também utilizado o método histórico-evolutivo na análise dos institutos jurídicos importantes ao tema, tais como a família e o bem de família.

De maneira a melhor esquematizar o trabalho, sua estruturação será organizada em três capítulos. Sendo que o primeiro consistirá em uma análise histórica e sociológica acerca do bem de família e suas facetas desde a relação familiar que ensejou o seu surgimento, até a sua atual configuração no ordenamento jurídico pátrio que em geral compreende a sua conceituação, espécies, natureza jurídica, excepcionalidades e efeitos práticos perante a sociedade.

O segundo capítulo abordará de forma sistemática relevantes aspectos legislativos referentes aos contratos de fiança e locação. De maneira que serão retratados aspectos básicos tais como conceito, natureza jurídica, especificações

quanto a direitos e deveres que envolvem cada situação dessas, assim como, parte dos fatores extintivos desses negócios jurídicos.

O terceiro e último capítulo, tratará de forma mais pontual e direta o tema proposta do trabalho, de maneira a adentrar em aspectos relevantes da construção judicial de bens, sondar o impacto que a temática em questão causa no âmbito jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (STJ e STF) e adentrar na celeuma de maneira a buscar vislumbrar o ordenamento jurídico como efetivamente pautado nos preceitos máximos emanados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo, no que se trata da dignidade da pessoa humana.

2. HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA

Como forma de proteção ao patrimônio familiar, o bem de família desempenha um relevante papel social perante a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Com a finalidade de tornar impenhoráveis os bens próprios do patrimônio familiar e essenciais ao desenvolvimento das pessoas que nele se resguardam, o bem de família reflete princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, especialmente a máxima da dignidade da pessoa humana. Sendo a moradia expressamente consagrada como um direito social fundamental no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o bem de família emerge como ferramenta direta na função da efetivação da justiça social.

2.1 A FAMÍLIA E A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO

Desde os primórdios da humanidade é possível vislumbrar a presença da entidade familiar, seja de maneira natural na qual os indivíduos formam associações úteis à perpetuação da espécie, alimentação ou proteção, sem necessariamente um vínculo afetivo entre os sujeitos; ou mesmo estando imersos em crenças capazes de forjar um elo mais forte entre eles, tal qual como a religião. Como fenômeno cultural e constantemente mutável, atualmente a família se apresenta como uma organização complexa à qual se pode atribuir a genérica definição fornecida por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 40) como “[...] núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes [...]”, sendo efetivamente o alicerce da sociedade pós-moderna.

Etimologicamente, a palavra família deriva do latim familia expressando o significado de conjunto de famulus, escravos que serviam a casa do Pater familias, este, por sua vez era sempre alguém do sexo masculino que em uma sociedade estritamente hierarquizada e patriarcal ostentava o poder de vida e morte sobre seus escravos e dependentes em geral, além da faculdade de realizar a venda de quaisquer destes, fato que transparece o caráter predominantemente patrimonial das relações que vigoravam na comunidade romana da época. Como flagrante de tais características, afirma Coulanges (2006, p. 34) que:

O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. O pai pode amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens.

O vocábulo família até então não estava diretamente ligado ao conceito que se tem no presente, porém, posteriormente e de maneira extensiva também foi utilizado para nomear além do conjunto de escravos, aqueles que estavam sobre o poder do Pater, sendo este o ponto de partida para a formação da família contemporânea, servindo tais relações também como ensejo ao afloramento da intimidade entre a família e o seu local de habitação.

Em seus primórdios, observar a propriedade privada reservada para moradia da família romana pode trazer à tona parte da essência do que de fato viria a ser o bem de família moderno, sendo que, em diversos aspectos um instituto se diferencia do outro, sobretudo pelo fato da heterogeneidade dos seus princípios norteadores.

Como uma das primeiras civilizações instituidoras da propriedade privada, os romanos possuíam uma compreensão mística sobre suas habitações, sendo reconhecido por todos o intrínseco vínculo existente entre a família, sua moradia e a religião doméstica, assim, segundo Coulanges (2006, p. 52) “a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva”.

Ainda conforme os ensinamentos de Coulanges (2006, p. 53) as divindades domésticas, também chamadas de Lares, eram responsáveis por proteger cada família e estavam diretamente ligadas ao solo onde elas habitavam, esse, no qual era fixado o altar, ambiente destinado a realização do culto religioso. Tal peculiaridade conferia às residências o caráter de morada permanente, pois não se fazia possível apartar as entidades domésticas do lugar ao qual elas haviam se firmado, portanto, além de sagrado o local onde viviam as famílias romanas era perpétuo e inviolável, devendo cada descendente zelar por ele enquanto houvessem remanescentes daquela família.

Durante as cerimônias de culto, não se podiam aproximar estranhos àqueles que ali habitavam, pois os deuses de um lar não se confundiam com o de outro, sendo flagrante ato de crueldade ultrapassar a barreira que delimitava o domínio de cada família, sobre tais aspectos anuncia Coulanges (2006, p. 53) que “essa linha

divisória traçada pela religião, e por ela protegida é o emblema mais certo, a marca mais irrecusável do direito de propriedade”.

A religião doméstica definitivamente reforçou a qualidade de sedentariedade dos povos antigos da Grécia, pois, uma vez que era necessário um altar devidamente estabelecido para cultuar o deus doméstico, passou-se também a delimitar com precisão o ponto de estadia de cada família, surgindo a necessidade de construção de casas resistentes e duradouras. Nesse sentido, esclarece Coulanges (2006, p. 54) que:

[...] o homem, fixado pela religião em um lugar que não pensava abandonar jamais, logo deve ter pensado em levantar aí uma construção sólida. A tenda convém ao árabe, o carro ao tártaro, mas uma família que tem um altar doméstico precisa de uma casa que dure. À cabana de terra ou de madeira seguiu-se logo a casa de pedra. E esta não foi construída somente para a vida de um homem, mas para a família, cujas gerações deviam suceder-se na mesma morada.

Assim, precedendo até mesmo as técnicas legislativas a religião tratou de consolidar a propriedade privada em Roma, pois foi a clara delimitação traçada por essas crenças que proporcionou o isolamento da família romana, onde o espaço que separava uma habitação da outra era considerado como um deus propriamente dito, ao qual se faziam oferendas com o intuito de proteção da moradia, ao passo em que caso tais domínios fossem invadidos, estaria a ser ferida a própria divindade ali presente.

Desta maneira, ajustando-se à realidade fática advinda da religião doméstica, seguiram-se diversas legislações nesse aspecto, onde os indivíduos que ousassem desafiar tais limites seriam energicamente castigados, seja pelos homens responsáveis pela aplicação das leis, ou até mesmo pelos deuses. Sendo que, em função desse aspecto sacro da propriedade, nem mesmo a família detentora dos direitos sobre ela poderia dispor completamente deste seu bem, ressaltando seu caráter de inalienabilidade. Assim, segundo Coulanges (2006, p. 59):

Compreende-se facilmente que o direito de propriedade, assim concebido e estabelecido, foi muito mais completo e mais absoluto em seus efeitos, do que o poderia ser em nossas sociedades modernas, onde se baseia sobre outros princípios. A propriedade era tão inerente à religião doméstica, que uma família não podia renunciar nem a uma, nem à outra. A casa e o campo estavam como que incorporadas a ela, e ela não podia nem perdê-la, nem privar-se dela.

Para estes povos antigos era comum tratar do corpo humano como algo efetivamente capaz de responder por dívidas não quitadas, sendo descabido versar sobre a terra como algo utilizável em tais situações. Desta maneira, o confisco ou a expropriação das terras não se faziam legítimos como ferramentas de liquidação, enquanto que tomar como pagamento o trabalho do devedor era perfeitamente aceitável, mesmo tratando de um meio direto de escravização da pessoa humana. A propriedade era mais importante, pois além de pertencer a todas as passadas, presentes e futuras gerações daquela família, também era a morada de um deus.

Embora fossem evidentemente diversos dos atuais, os preceitos que circundavam a ideia de propriedade privada em Roma tiveram o condão de servir como gênese para abordar sobre a natureza específica dos bens próprios da família, ressaltando seu caráter de especialidade e primazia perante os demais pertences de alguém.

2.2 O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme expõe Ritondo (2008, p. 5), o Brasil teve o seu sistema jurídico envolvido em três fases básicas de evolução, sendo as duas primeiras compreendidas durante a ingerência do poder real e a mais recente e atual vindo a existir apenas após a era republicana. Os sistemas colonial (1500 à 1822) e imperial (1822 à 1889) ainda que superados continuaram a surtir manifesto controle sobre diversos fatos presentes na República, visto que as ordenações reais mantiveram sua vigência até o ano de 1916, momento em que o primeiro Código Civil brasileiro passa a vigor.

Assumindo seu caráter de entidade cultural, a família teve papel fundamental durante a colonização portuguesa no Brasil. Com perfil ruralizado, a sociedade brasileira dos tempos de colônia se viu fortemente influenciada pela família imperial, assim, também adotando seu modelo de cunho hierarquizado em ordem vertical, onde o patriarca detinha o domínio sobre os demais entes e o casamento era a única fonte legítima possível para a perpetuação da família através da geração de descendentes, além do emitente caráter patrimonial das relações e do inegável domínio da religiosidade sobre a comunidade.

Segundo apontamentos de Ritondo (2008, p. 5) a primeira Constituição brasileira, datada ainda da época imperial (1824), trouxe em seu texto apenas uma

abordagem destinada a família real, assim como a adoção do casamento religioso simbolizando a ligação entre o Estado e a Igreja.

Com o advento da República, a Constituição de 1891 passa a assumir apenas o casamento civil, mantendo-se moderada no que tange à temática referente a família. Mas, já em 1934 a novel legislação constitucional tratou de apresentar um capítulo específico deste tema, onde, além de manter a gratuidade do casamento civil (já abordada em 1891) e impor sua indissolubilidade, ofertou a negativa de custos ao reconhecimento de filhos tidos como naturais e também reconheceu efeitos civis ao casamento religioso, abordando como obrigação da máquina pública auxiliar famílias pouco abastadas cuja elevada quantidade de filhos obstaculizasse sua subsistência.

Em 1937, a seara constitucional inovou com a paridade entre os filhos advindos do casamento e os decorrentes de relações extramatrimoniais, com ênfase na proteção da criança e do adolescente. Sedo que, após tais inovações apenas a Carta Magna de 1946 e a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977 trouxeram significativas mudanças, sendo elas respectivamente: quanto ao regime de sucessão de estrangeiro com bens no Brasil e filhos brasileiros; e a admissão do divórcio, superando a ideia de indissolubilidade do casamento.

Já em 1988 com a promulgação da Constituição Cidadã, puderam ser notadas diversas alterações na seara jurídica pátria. Princípios de elevado cunho social como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e liberdade foram elevados ao patamar máximo na hierarquia das normas nacionais. Assim, a família dos moldes patriarcais abriu espaço para a solidariedade das relações e o desenvolvimento humano como foco central do contexto familiar, destinando-se a despatrimonialização do Direito de Família no qual o indivíduo passa a ocupar um posicionamento central no trato social em detrimento do patrimônio outrora preponderante. Conforme ensina Lôbo (2004, p. 143-144 apud RITONDO, 2008, p. 9):

A análise dos dispositivos constitucionais referentes à família conduz à observação das seguintes características: a proteção do Estado aplica-se a qualquer tipo de família; são privilegiados os interesses pessoais dos integrantes da família em detrimento dos interesses patrimoniais; destaca-se a proteção integral da criança e do adolescente; a família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade, tanto entre os conjugues como entre os filhos; o ambiente familiar torna-se o espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

Mediante esta conjuntura e conforme leciona Farias e Rosenvald (2015, p. 10):

Ora, com a *Lex Fundamentalis* de 1988 determinando uma nova navegação aos juristas, observando que a bússola norteadora das viagens jurídicas tem de ser a *dignidade da pessoa humana* (art. 1o, III), a *solidariedade social e a erradicação da pobreza* (art. 3o) e a *igualdade substancial* (arts. 3o e 5o), o Direito das Famílias ganhou novos ares, possibilitando viagens em mares menos revoltos, agora em “céu de brigadeiro”. A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.

Embora seja notória a qualidade inclusiva da Carta Magna de 1988, discute-se acerca da taxatividade ou exemplificatividade do artigo 226 no que se refere a interpretação do conceito moderno de família. Buscando superar tal celeuma operando por meio de técnicas hermenêuticas que visem alcançar a verdadeira finalidade da norma, pode-se chegar a fatídica conclusão que mediante o propósito de valorização da pessoa humana e sua dignidade como ser, a definição de família se faz plural e indeterminada, buscando-se a máxima integração e consequente eficácia na sua proteção. Acerca de tal entendimento, Glanz (2005, p. 30 apud RITONDO, 2008, p. 5) afirma que:

O conceito de família, portanto, é necessariamente plural e contemporaneamente considerado como um conjunto formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, abarcando desde a família unipessoal (uma só pessoa solteira, viúva, separada ou divorciada), passando pela família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes) e pela família nuclear (formada por duas pessoas de sexo diverso ou não, casadas ou em união estável, com ou sem filhos), até chegar a família formada por pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (a chamada família extensa).

Ainda tratando da devida definição da entidade familiar e suprimindo as lacunas legislativas neste sentido, a Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 (denominada Lei de Violência Doméstica) inovou dispondo em seu artigo 5º, II que família é “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Como célula mater da sociedade, a família deve ser amplamente preservada e protegida, inclusive em seu âmbito mais íntimo, o lar. Desta maneira, emerge a figura do bem de família que de acordo com Guastavino (1963, p. 264-265 apud

RITONDO, 2008, p. 20) “[...] o imóvel afetado ao regime do bem de família é um patrimônio especial que se distingue do patrimônio geral de seu titular por sua função e pelas normas que a lei dita para sua proteção”.

Conforme explica Ritondo (2008, p. 19), bem de família é um instituto originário dos Estados Unidos da América, surgindo formalmente com a edição do *Homestead Expedition Act* - ato de expedição da propriedade rural - de 26 de janeiro de 1938, na antiga República do Texas. Idealizado após a crise econômica de 1837-1839, tal instituto visava a proteção do pequeno proprietário e sua casa de moradia, correspondendo ao anseio de preservação do patrimônio mínimo necessário à sobrevivência e manutenção da família, assim, tal propriedade poderia então vir a ser beneficiada com a isenção da penhora sobre si. De elevado cunho social, tal instituto ultrapassou as fronteiras texanas e passou a ser acatado por diversos ordenamentos jurídicos do ocidente, cada qual com a alteração necessária à realidade do seu povo e época.

Mediante o exposto por Ritondo (2008, p. 22), no Brasil a primeira manifestação versando sobre algo semelhante ao *homestead* ficou a cargo do deputado Leovigildo Filgueiras, que em 1893 apresentou o Projeto de Lei nº 10 ao Congresso Nacional, cujo arquivamento ocorreu em 15 de junho do mesmo ano, sem ao menos ter sido discutido. Já em 1903 como nova oportunidade de instituição do bem de família, o deputado Francisco de Toledo Malta apresentou o Projeto de Lei nº 249 perante à Câmara dos deputados, que também não logrou êxito. Em 1910 juntamente com a proposta do Código Civil do Distrito Federal, a ideia posta pelo ministro da justiça Esmeraldino Bandeira acabou por ser acatada externando-se por meio de Decreto nº 8.332 de novembro de 1910, sendo que, no mesmo ano sua execução foi suspensa por meio do Decreto nº 8.435.

O bem de família se fez de fato presente no Brasil apenas em 1916, no primeiro Código Civil brasileiro, quando em 1912 por iniciativa da Comissão Especial do Senado presidida por Feliciano Pena, foram incluídos dispositivos referentes à tal questão que posteriormente consistiram nos artigos 70 ao 73 da supracitada legislação. Todavia, perante à natureza material de tais normas, mostrava-se necessária também uma regulamentação específica para o campo processual, fato ocorrido em 1939 com a edição do Decreto-Lei nº 1.608. Posteriormente, ainda na esfera metodológica, com o advento da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), os procedimentos de instituição do bem de família

foram inteiramente regulamentados, revogando-se as normas que outrora dispunham sobre tal temática.

O Código Civil de 1916 trouxe em sua Parte Geral o bem de família na modalidade convencional, ou seja, ele poderia ser instituído apenas mediante expressa vontade do instituidor e de acordo com todos os procedimentos e regras presentes no Código. Como propósito de tal instituto o domicílio familiar gozaria da relativa impenhorabilidade e inalienabilidade, mas apenas enquanto vivos os cônjuges ou os filhos completarem a maioridade. Conforme dispunha o aludido diploma legal em seu artigo 70:

Art. 70- É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relacionados ao mesmo prédio.
Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Já a Codificação Civil de 2002, embora também tenha versado apenas da forma convencional ou voluntária do bem de família, tratou de abordá-la na Parte Especial, mais especificamente, no Livro do Direito de Família entre os artigos 1.711 e 1.722, destacando este primeiro a seguinte definição ao instituto:

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

Perante à análise comparativa dos dois estatutos civis, nota-se a clara obsolescência das disposições contidas no diploma civil de 1916 frente às novas concepções e o caráter afeito à dignidade da pessoa humana proveniente da Constituição Federal de 1988 que estabelece a igualdade entre homens e mulheres e a solidariedade dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, assim como, reconhece expressamente outros modelos de família além da advinda do casamento, onde, de acordo com Azevedo (2003, p. 17) “[...] essa enumeração de formas de constituição de família não é, nem pode ser taxativa, porque não é a lei que determina como a família deve constituir-se, mas o povo no seu modo de ser espontâneo, vivencial”.

Assim, mediante à evolução da legislação infraconstitucional e o seu devido ajuste à realidade e aos preceitos sociais emanados da Constituição Federal de 1988, viu-se a ampliação do rol de possibilidades para a efetivação do respectivo instituto na medida em que a família se mostrou como entidade multifacetada, o rol de possibilidades para a efetivação do benefício em questão foi ampliado, em que são legítimos, ambos os cônjuges ou companheiros, assim como os demais integrantes da entidade familiar. Ainda na investida de consubstanciar maior proteção em relação ao bem familiar, a lei civil prescreve que o instituto não cessará com o fim da sociedade conjugal.

Note-se também que houve uma considerável restrição ao alcance do que seria bem de família referente ao fator quantitativo, pois, visando o impedimento do uso das prerrogativas do instituto para favorecer o enriquecimento ilícito ou a fraude contra credores, a novel legislação civil estabeleceu que o valor do mesmo deve se ater ao limite de um terço do total do patrimônio do instituidor, ao tempo da instituição. Assim como, os valores mobiliários protegidos sob a égide do instituto não poderão ultrapassar o valor da própria habitação constituída em bem de família. Sobre tal questão, aponta Veloso (2003, p. 79 apud RITONDO, 2008, p. 49) que:

Tal limitação, [...] resultará na utilização do instituto apenas por parte dos mais abastados, proprietários de vários prédios. Quem, por exemplo, possuir apenas um imóvel ou dois de valores equivalentes, não poderá se valer do instituto, a não ser que possua também certa quantidade de bens móveis; quem for proprietário de apenas três imóveis, sem outros bens no seu patrimônio, não poderá instituir o de maior valor, pois o seu preço ultrapassaria a terça parte da soma dos valores de todos.

Tendo em vista a intenção de proteção e dignidade da família, visando o patrimônio mínimo necessário ao seu bem estar, assim como as limitações impostas à constituição do bem de família voluntário, além deste tradicional modelo trazido pelas codificações privadas de 1916 e de 2002, em 29 de março de 1990 foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio a Lei de nº 8.009 (originada da Medida Provisória nº 143 de 8 de março de 1990) que dispunha sobre o bem de família legal, norma de ordem pública que passou ao Estado a disposição de eleger o bem de família, não mais permanecendo apenas a critério da vontade individual de cada proprietário fazer essa delimitação, dispensando-se a necessidade de escritura pública ou testamento, para sua estruturação. Sucedendo-se como função crucial da referida Lei, a proteção deste bem mediante sua impenhorabilidade.

À época da entrada em vigor da Lei nº 8.009/1990 houve diversos debates em torno da sua constitucionalidade devido à limitação claramente imposta à satisfação de eventuais créditos, visto que tornava bens do devedor indisponíveis a tal finalidade de interesse do credor. Posteriormente, acabou por ser reconhecida pela maioria da doutrina a recepção constitucional da supracitada norma. De acordo com Hora Neto (2007, p. 2):

Malgrado algumas críticas levantadas sobre a constitucionalidade da Lei 8.009/90, o fato é que a doutrina quase unânime entende ser a mesma constitucional, por se tratar de uma lei de emergência, de manifesto interesse público, pois visa à proteção da residência da família e os móveis nela guarnechos, e, por via reflexa, objetiva a proteção da própria família, sendo assim uma exceção legal ao princípio universal de que o patrimônio do devedor responde perante seus credores, podendo estes, portanto, constranger outros bens do devedor, afora o bem de família.

Além de salvaguardar o bem de família da penhora, a Lei do Bem de Família também trazia exceções a esta regra, sendo a mais controversa destas ressalvas àquela proporcionada pela Lei nº 8.245 de 1991, que em seu artigo 82 acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/1990, item normativo este que exclui a garantia da impenhorabilidade do bem de família do fiador em sede de contrato locatício. Estando *ipsis litteris* assim disposto na Lei:

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.

Contudo, em 14 de fevereiro de 2000 foi promulgada a Emenda Constitucional de nº 26, a qual estabeleceu uma nova redação ao artigo 6º da CF/88 passando a reconhecer a moradia como um direito social fundamental. Neste diapasão se torna forçoso reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII

da Lei nº 8.009/1990, pois a moradia de forma incontestável se faz intrinsecamente ligada à dignidade do indivíduo, a qual não pode ser efetivada se não houver a disposição de um patrimônio mínimo que torne viável.

Assim, tendo em vista os preceitos do Direito Civil Constitucional e a tendência à despatrimonialização da codificação privada em proveito de uma maior valorização da dignidade da pessoa, parece desarrazoado não garantir também a impenhorabilidade do único bem de morada do fiador em contrato locatício. Valendo salientar o parecer nº 279 de 1997 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em relação a Proposta de Emenda Constitucional nº 28 de 1996 que deu origem a Emenda Constitucional nº 26 de 2000:

Por outro lado, é bom anotar que o direito à moradia está consignado na Lei Maior de 5 de Outubro de 1988, se não no art. 6º, em outros dispositivos do Estatuto Supremo. Assim o art. 23, IX, da Constituição Federal estabelece que é da competência comum da União, dos estados e dos Municípios promover programas de construção da moradia e melhorias das condições habitacionais e do saneamento básico. No mesmo rumo do conhecimento 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 as necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social

Neste sentido enfatiza Ritondo (2008, p. 88) que:

Diante do exposto, pode-se concluir que a norma permissiva da penhora do bem de família do fiador de relação locatícia confronta a Constituição Federal, por incompatível com o direito fundamental à moradia e com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que dá tratamento diverso a pessoas que se encontram rigorosamente na mesma situação fática, no caso, o fiador e o locatário proprietários de um único bem imóvel cada um, que lhes servem de moradia.

Ainda quanto às hipóteses de afastamento da impenhorabilidade do bem de família, além das já elencadas, o artigo 4º, *caput* e § 1º regula os casos de má-fé, onde, mesmo convicto da sua insolvência o devedor adquire imóvel mais valioso com intuito de transferir sua residência familiar para o novo lugar, neste caso, poderá o juiz transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso.

Diante da atual real conjuntura que abarca o instituto do bem de família e suas normas reguladoras, sobrepõe-se a intenção em conter um caráter protetivo e consoante com os ditames da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, embora ainda pareça certa dissonância em alguns dos

seus aspectos, a citar o fornecido pela Lei nº 8.245 de 1991, que caminha em sentido inverso da isonomia e de outros princípios bases da Constituição Federal de 1988.

2.3 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Conforme ensina Canotilho (1986, p. 447 apud CARLI 2009, p. 55) “A base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o 'homem individual', mas também o homem inserido em relações sócio-políticas e sócio-econômicas e em grupos de várias naturezas, com funções sociais diferenciadas”. Sendo a ponderação entre as necessidades individuais e coletivas, públicas e privadas, uma das maiores demandas da sociedade.

Costumeiramente a doutrina busca analisar os direitos humanos mediante um critério de 'dimensões', onde, os primeiros são somados aos mais recentes, sempre em uma escala evolutiva, de maneira que o sucessor manterá as características do antecessor e assim por diante. Assim, perante a didática mais atual, já se conta até a quinta dimensão de direitos, estas, advindas ao longo da vivência e necessidade humana e do desenvolvimento do seu raciocínio. Aponta Oliveira (2000, p. 107-108 apud CARLI, 2009, p. 56) que:

O humanismo renascentista procurou compreendê-lo (o homem) como um ser dotado de liberdade e dignidade próprias, finito e histórico, integrado na natureza e na sociedade, apto a conhecer o universo mediante a observação e a pesquisa, bem como a transformar o mundo. O racionalismo, a começar de Descartes, acrescentou a valorização do indivíduo, afirmando a sua independência em relação à autoridade científica e à filosofia, pela ênfase que deu à investigação e à meditação.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, encontraram subsídio para o seu avanço mediante o clamor social proveniente das chagas do individualismo preponderante principalmente durante os séculos XVIII e XIX. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade advindos da Revolução Francesa já serviam como prelúdio para anunciar as três primeiras gerações de direitos. Sobre a primeira dimensão de direitos, reconhecida por tratar dos direitos civis e políticos, centralizado nas liberdades individuais, aponta Bonavides (2010, p. 563-564) que:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos de segunda dimensão fincam suas raízes ainda no século XIX como consequência da Revolução Industrial europeia, onde as prioridades do sistema capitalista pareciam seguir no sentido oposto aos interesses dos trabalhadores, estes que se viram compelidos a reivindicar normas de conteúdo trabalhista e assistencial. Nesse contexto, inicia-se o século XX com a Primeira Guerra Mundial e a primazia pelo apego aos direitos sociais. Mediante tal conjuntura, assevera Lenza (2014, p. 1057) que a segunda geração de direitos fundamentais tem íntima relação com a “[...] evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal) [...]”. Ainda neste sentido, argumenta Sarlet (2007, p. 72-73 apud CARLI, 2009, p. 63) que:

Os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político (...). A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade da intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades.

Pode-se firmar como fatores preponderantes para o aparecimento da terceira leva de direitos fundamentais: o desenvolvimento da ciência e tecnologia e o surgimento da sociedade de massa como configuração de um novo panorama mundial. Marcando tal geração pela presença da transindividualidade dos interesses, estes que não são direcionados ao indivíduo como ser singular, mas sim como plural e parte integrante do gênero humano, como exemplo de tais questões, cite-se a preservação ambiental.

A quarta dimensão trata dos direitos relacionados à democracia, informação e pluralismo, em um sentido que abarca a difusão dos direitos fundamentais. Sendo o

direito à paz, oscilante entre a terceira dimensão e o ofício de constar como responsável pela origem da quinta geração, atuando como uma máxima universal.

Os direitos fundamentais possuem um condão de especialidade sobre si, visto sua natureza de imprescindibilidade e inerência à pessoa apenas pelo fato dela existir como ser humano. A Constituição Federal de 1988 abarca tais preceitos como basilares e traz em seu Título II direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e os direcionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Com aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e características como ser imprescritível, inalienável, inviolável, irrenunciável, universal e efetivo, tais direitos ocupam patamar de destaque na seara constitucional irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Assim, destaca Sarlet (2007, p. 88-89 apud CARLI, 2009, p. 75) que:

Os direitos humanos fundamentais ocupam o cume do sistema normativo – são o que alguns autores denominam direitos supralegais; tais direitos são prescrições que demandam limitações de ordem formal e material no tocante as reformas constitucionais; os direitos humanos fundamentais consubstanciam normas de aplicação imediata e vinculativa, conforme se depreende do art. 5º, §1º, da Carta de 1988.

Como instituto responsável por desempenhar relevante papel na sociedade, a propriedade consta nos artigos 5º, XXII, XXIII e 170, II, III da Carta Magna de 1988 como direito humano fundamental, assim como a moradia que expressamente marca sua presença no artigo 6º da Lei Maior. Salientando-se que a primeira se faz como instrumento direto necessário a efetivação da segunda. Como observa Nascimento (2007, p. 72-73 apud CARLI 2009, p.73):

Vale repisar que a propriedade contemporânea traz em seu conteúdo a função social, o que a distancia da idéia clássica de propriedade como instrumento de realização exclusiva de seu titular. Novos paradigmas, como a dignidade da pessoa humana, a repersonalização do Direito (enfeixando todos os ramos do Direito) e o princípio da solidariedade, demarcam o referido direito, não apenas como privilégio de o proprietário usar, gozar e dispor do bem, de maneira que lhe aprouver; ou seja, tal instituto, hoje, deve, além de atender às necessidades de seu titular, observar os interesses da coletividade.

É salutar que o direito à moradia expressa a parcela mínima necessária para uma existência digna e baseada nos preceitos constitucionais atinentes à justiça social, corroborando com a efetivação de outros direitos tais como a própria saúde. Nesse contexto emerge o bem de família legal, instituto que indistintamente visa a

proteção do lar, abrigo de natureza mais íntima e potencialmente envolvido em uma conjuntura responsável pela formação do indivíduo. Acerca da dignidade humana, explanam Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 66) que “[...] a noção jurídica de **dignidade** traduz um valor fundamental de **respeito à existência humana**, segundo as suas possibilidades e expectativas, **patrimoniais** e afetivas, **indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.**” (grifos nossos).

3. DAS ESPÉCIES DE CONTRATO QUE IMPORTAM AO TEMA

De acordo com os ensinamentos do nobre doutrinador Tartuce (2014, p. 549-552), a ideia de contratar é intrínseca ao ser humano como indivíduo social, visto que o próprio vocábulo *sociedade* já abarca em si uma significância conexa ao assunto em questão. Ainda conforme exposto por ele, de acordo com a evolução da sociedade e conseqüentemente do próprio contrato como instituto e parte da seara jurídica, vislumbra-se a tendência ao enaltecimento dos direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, restando aos contratos atingir a sua *real função* mediante o atendimento de finalidades condizentes com os interesses da coletividade.

Como outros institutos presentes no ordenamento jurídico, os contratos são permeados por uma elevada carga principiológica, sobretudo, advinda da Constituição Federal de 1988. Assim, perante a ausente definição legal do instituto, Paulo Nalin (2005, p. 255 apud TARTUCE, 2014, p. 552) conceitua o contrato como sendo “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”. Como tais máximas, destacam-se a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia. Sendo corolários destes, importantes princípios da relação contratual, tais como a função social e a boa-fé objetiva.

Como fundamentos próprios do contrato, encontram-se também a autonomia privada e a força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Conforme o entendimento de Tartuce (2014, p. 567-572), o primeiro se refere a um duplice âmbito de liberdades: a de *contratar*, que trata da escolha da pessoa com a qual se deseja firmar o pacto; e a *contratual*, que se relaciona com o conteúdo do contrato, sendo que, em ambos os casos poderão haver limitações ao alcance dessa liberdade perante a necessidade de consonância com as demais normas e princípios de ordem pública e privada.

Como negócio jurídico, para que seja válido, o contrato necessita obedecer a certos preceitos objetivos e subjetivos, que de acordo com Carvalho (2010, p. 11) são: a possibilidade jurídica do pedido; determinação do objeto; economicidade; consentimento; pluralidade de contratantes e capacidade das partes.

3.1. DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Presente no Código Civil de 2002 como modalidade contratual, a locação de coisas se mostra um tema de vasta extensão e corriqueira necessidade no âmbito social. Em sintonia com a legislação civil, a Lei nº 8.245 de 1991 (Lei do Inquilinato) se mostra como um microssistema jurídico organizado para regulamentar a locação de imóveis urbanos, fato que denota complexas relações entre as partes envolvidas, ao passo em que carece de maior compreensão popular, visando-se a legítima consecução do desenvolvimento humano e realização pessoal mediante uma vivência digna.

3.1.1. Conceito, natureza jurídica e especificações do contrato de locação

Como preleciona Milhomens (2005, p. 328) “estrita-se o sentido da palavra locação, hoje reservada para designar exclusivamente o contrato cuja causa é proporcionar a alguém o uso e gozo temporário, de uma coisa restituível, em troca de retribuição pecuniária”. De maneira correlata, o artigo 565 do Código Civil Brasileiro esclarece que “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” (grifos nossos). Tal conceituação aborda uma visão moderna e mais restrita deste tipo contratual, visto que o Código Civil de 1916 incluía também a prestação de serviços e a empreitada como espécies de locação.

O contrato de locação de coisas quanto a sua natureza jurídica, caracteriza-se por ser bilateral, comutativo e oneroso, tendo em vista que além de resultar em prestações recíprocas, as partes possuem o prévio conhecimento do conteúdo destas, que sempre implicarão em uma remuneração, vista a diferenciação do instituto do comodato, neste sentido, aponta Venosa (2003, p. 159) que:

A locação é, portanto, contrato bilateral e comutativo, a ela sendo aplicável o princípio da exceção de contrato não cumprido dos arts. 476 e 477. Existem obrigações recíprocas para ambas as partes. É onerosa porque importa uma vantagem e sacrifício para as partes. Se a cessão é gratuita, tipifica-se como comodato.

Tal espécie contratual ainda se distingue pela sua informalidade e execução continuada, que de acordo com Tartuce (2014, p. 721), para a sua elaboração não se faz necessária nenhuma forma preconcebida, nem escritura pública (de maneira

geral), assim como, o seu cumprimento comumente se protraí no tempo. Por fim, salienta Rizzardo (2009, p. 483) que o contrato de locação:

Forma-se consensualmente, ou pelo simples consentimento das partes, sendo desnecessária a tradição da coisa para se consumar o negócio. Basta que seja contraída a obrigação de entregar a coisa. Daí prevalecer a natureza de um direito pessoal e não real, pois o locador cede apenas o uso, ou o uso e a fruição do bem, o que afasta a natureza real.

O Código Civil regula a locação de coisas móveis e imóveis, sendo mais comum sua incidência quanto às primeiras, tendo em vista as legislações específicas que tratam sobre os imóveis rurais, agrários ou rústicos (Lei nº 4.504/1964) e os urbanos (Lei nº 8.245/1991). Sendo mais oportuno para esta pesquisa, ater-se a Lei de Locação dos Imóveis Urbanos e os procedimentos a ela pertinentes, esta, que em seu artigo 82 acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/1990, tornando penhorável o bem de família do fiador em contratos de locação.

Como fator distintivo na definição de imóvel rural e urbano, utiliza-se o critério da finalidade para a qual o bem se destina, observando qual é a atividade prevalecte desenvolvida no imóvel. No caso da Lei nº 8.245 de 1991, é considerado imóvel urbano aquele para fins residenciais; de temporada; e não residenciais (comerciais). Neste diapasão, orienta Tartuce (2014, p. 291) que:

Eventualmente, um imóvel localizado no perímetro urbano pode ser rural para fins locatícios (exemplo: plantação de tomates no centro de uma grande cidade). Ainda ilustrando, um posto de combustíveis localizado na zona rural ou próximo a uma rodovia deve ser tido como imóvel urbano para esses fins, incidindo as regras previstas na Lei 8.245/1991. Para tal classificação, é pertinente sempre verificar a atividade preponderante desenvolvida no imóvel. Portanto, deve ficar claro que não interessa, em regra, a localização do imóvel ou o seu estado (com construção ou sem construção).

Preleciona Rizzardo (2009, p. 486) que “residência é o lugar onde alguém fica habitualmente, ainda que sem a intenção de nele permanecer sempre. Seu elemento essencial é a habitualidade”. Já quanto à locação para temporada, a própria Lei de Locação em seu artigo 48, define como:

[...] aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e

contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

Diferenciando-se uma modalidade da outra, sobretudo no aspecto temporal, visto que como denota a própria nomenclatura, a locação por temporada, para assim ser caracterizada, não poderá ultrapassar o total de três meses, além de necessariamente possuir a forma escrita (exceção quanto à natureza jurídica da locação). Sobre o contrato com finalidade não residencial, terceiro e último tipo de locação imobiliária da lei especial, frisa-se sua característica negocial, Rizzardo (2009, p. 483) afirma que “[...] não residencial, por seu turno, é o prédio que não se destina à moradia habitual do usuário, seus familiares ou dependentes. A finalidade, na maioria das vezes, é para uso comercial ou industrial”.

Ponto fundamental na caracterização do instituto da locação, o aluguel se mostra como sua finalidade, pois como resultado desse negócio jurídico, busca-se auferir tal vantagem de caráter econômico. Neste aspecto, os artigos 17 e 18 da Lei de Locação esclarecem que o valor do aluguel é estipulado a critério das partes, assim como, estas poderão convencionar uma quantia diferente e ainda dispor da maneira mais proveitosa acerca da cláusula de reajuste. Ressalvando-se as restrições quanto ao pagamento do aluguel em moeda alienígena ou a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo. Ainda neste sentido, o artigo 19 destaca que “não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

O contrato de locação poderá ser transferido por ação entre vivos ou tendo a morte de uma das partes como causa. Quanto ao ato *inter vivos*, pode-se deparar com a cessão, sublocação, ou empréstimo do imóvel. Sobre a primeira hipótese, discorre Tartuce (2014, p. 311-312) que:

“A cessão locacional consiste na transferência a outrem, mediante alienação, da posição contratual do locatário. O locatário desliga-se do contrato primitivo, desaparecendo a sua responsabilidade, devendo o cessionário regular as relações jurídicas com o locador. A cessão, por importar em transferência de direito pessoal, rege-se pelas disposições do Código Civil atinentes à cessão de crédito.

Diferenciando-se da sublocação, pois nesta o locatário primitivo permanece presente no contrato na figura de sublocador, de forma que há uma cessão parcial do contrato. Corroborando com este entendimento, Diniz (2006, p. 136) afirma que:

A sublocação vem a ser um contrato de locação que se efetiva entre o locatário de um bem e terceiro (o sublocatário), com a prévia permissão do locador, que, participando de uma primeira relação jurídica ex locato (contrato de locação), se vincula a uma segunda (contrato de sublocação), tendo-se em conta, nas duas, o mesmo objeto locado.

Enquanto no empréstimo, aponta Tartuce (2014, p. 312) que “o locatário cede o imóvel locado a terceiro de forma gratuita e por breve tempo (contrato de comodato). Em situações tais, o locatário continua responsável perante o locador”. Sobre a transmissão por *mortis causa* consta nos artigos 10 e 11 do referido diploma legal que:

Art. 10. Morrendo o locador, a locação transmite-se aos herdeiros.

Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações:

I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel;

II - nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio.

Como garantias capazes de assegurar a efetividade mediante o cumprimento do contrato de locação, o artigo 37 da Lei nº 8.245/1991 elenca a caução real, em dinheiro ou em títulos e ações; fiança pessoal ou bancária; seguro de fiança locatícia; e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

3.1.2. Dos direitos e deveres do locador e do locatário

Assinalando se tratar de um negócio jurídico sinalagmático, conferindo obrigações recíprocas aos envolvidos, o contrato de locação também denota deveres e direitos da parte credora. Nesse aspecto, observe-se o constante no artigo 22 da Lei nº 8.245/1991, onde, de antemão já se esclarece que o locador tem por obrigação apresentar o imóvel alugado em bom estado de uso, entendendo-se

assim àquele que possibilita o uso para o qual a coisa se destina (locação residencial, por temporada ou não residencial).

Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, conforme se extrai dos incisos III ao IX, deve-se assegurar o uso pacífico do imóvel durante a locação, de modo a combater quaisquer ameaças que denotem o contrário, neste sentido leciona Venosa (2010, p. 117) ser incompatível efetuar outra locação durante a constância do contrato, assim como se deve efetivar a promoção das ações cabíveis para afastar as turbações de terceiros. Ao locador, também incumbe manter durante a locação a forma e o destino do imóvel; responder pelos vícios preexistentes à locação, de modo a salvaguardar o locatário de eventuais imprevistos que prejudiquem a utilização do imóvel para a finalidade que lhe foi proposta; apresentar minuciosa descrição sobre o estado do espaço alugado, caso interesse ao locatário; dar quitação detalhada dos valores pagos mediante recibo; pagar despesas referentes à administração imobiliária, aos impostos e taxas incidentes sobre o imóvel, devendo mostrar ao locatário os comprovantes dos pagamentos, caso sejam solicitados.

Em conformidade com art. 22, inciso X da Lei de Locação, também deverá o locador ser responsabilizado pelo pagamento das despesas extraordinárias de condomínio, entendendo-se assim o que se tratar de:

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

No que tange ao inquilino, o artigo 23 e seus incisos atestam que o locatário tem por dever quitar o aluguel e os encargos da locação na forma convencionada, não havendo dia especificado, poderá pagar até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido; deve também zelar pelo bem, de maneira a não desvirtuar a finalidade para

a qual ele se destina; findo o contrato locatício, restituir o imóvel nas mesmas condições que recebeu, ressalvado o desgaste natural; informar ao locador acerca de quaisquer turbação de terceiros, assim como de danos cujo concerto a ele incumba; efetuar a reparação imediata de avaria causada por conta própria ou de familiares; não modificar o espaço interno ou externo sem prévia autorização do locador, assim como, entregar a ele documentos referentes a cobrança de tributos e encargos condominiais, intimações, multas ou exigências de autoridades públicas; pagar despesas próprias com telefone, luz, gás, água e esgoto; permitir em face da prévia combinação a vistoria do imóvel e a visita de terceiros na hipótese de venda; cumprir os regulamentos referentes ao condomínio; pagar o prêmio do seguro de fiança e as despesas ordinárias de condomínio, sendo estas últimas, entendidas como:

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

Ressalte-se ainda o artigo 35, onde, salvo disposição em contrário constante no contrato, o locatário deve ser indenizado pelas benfeitorias necessárias, havendo também tal necessidade quanto as úteis, apenas mediante o prévio consentimento por escrito do locador para a sua efetuação. O locador também deve por meio idôneo dar ciência inequívoca ao locatário quanto à possibilidade de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em

pagamento referente ao imóvel, visto seu direito de preferência em relação ao bem, assim constante no artigo 27 da Lei de Locação.

3.1.3. Da extinção do contrato de locação

O artigo 9º da Lei nº 8.245/1991 pontua importantes maneiras pelas quais o contrato de locação pode ser levado à extinção. Leia-se:

Art. 9º A locação também poderá ser desfeita:

I - por mútuo acordo;

II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual;

III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;

IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

Abordando parte principal das regras atinentes a extinção do contrato de locação na Lei nº 8.245/1991, tem-se que o contrato para finalidade residencial deve ser visto mediante duas perspectivas: os contratos fixados por escrito por trinta meses ou mais e os contratos fixados verbalmente ou por escrito, por menos de trinta meses. O artigo 46 da Lei de Locação expõe que no primeiro caso, o contrato irá se resolver automaticamente ao término do prazo estipulado, podendo haver a prorrogação do mesmo caso o locatário permaneça na posse do imóvel por mais de trinta dias ininterruptamente, assim, a locação será considerada estendida por prazo indeterminado, mantendo-se as demais disposições do contrato. Verificada tal ocorrência, caberá ao locador a possibilidade de denúncia imotivada, com o prazo de 30 dias para que o locatário possa desocupar o imóvel.

A respeito dos contratos fixados em um prazo menor que trinta meses, preceitua o artigo 47 da referida Lei que findo o prazo pactuado, o contrato prorrogase imediatamente por tempo indeterminado, havendo a possibilidade de reaver o imóvel apenas por meio de uma denúncia fundada nas hipóteses elencadas no próprio artigo, a saber:

I - Nos casos do art. 9º;

II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego;

III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento;

V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

Em relação ao imóvel alugado para temporada, determina o artigo 50 da Lei do Inquilinato que o contrato será extinto ao fim do prazo pactuado. Podendo ser prorrogado por tempo indeterminado no caso do locatário permanecer no imóvel por mais de 30 dias além do prazo contratado sem que haja oposição do locador. Neste caso, apenas depois de transcorridos 30 meses do início da locação o locador poderá retomar o imóvel mediante denúncia motivada motivada em uma das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 47.

Sobre a extinção do contrato de locação não residencial, de acordo com os apontamentos de Tartuce (2014, p. 303-304) caso o contrato seja celebrado com data prevista para o seu término, neste dia haverá a sua extinção sem necessidade de notificação prévia ao locatário, cabendo a denuncia vazia. Já no caso do inquilino permanecer no imóvel por mais de trinta dias após o termo final do contrato, sem que haja manifestação em contrário por parte do locador, será presumida a prorrogação da locação por tempo indeterminado e nas mesmas condições contratuais anteriormente pactuadas, sendo que cabe ao locador a denúncia vazia para reaver o bem, mas o locatário deve ser notificado para que proceda com a desocupação do local em até trinta dias.

Ainda conforme exposto pelo supracitado autor, o locatário que se utilizar do imóvel para desenvolver atividades de comércio, empresa ou indústria, pode pleitear judicialmente a renovação do aluguel, caso tenha celebrado o contrato na forma escrita, com prazo superior a cinco anos para o seu término, tenha cumprido ininterruptamente tal lapso temporal e explore a mesma atividade por no mínimo três destes anos. Sendo o locatário pessoa jurídica e o imóvel estiver destinado ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados, serão

aplicadas as mencionadas normas, sendo que em tais casos, não há o direito a ação renovatória.

Interessante observação existe nos casos da chamada locação não residencial especial constante no artigo 53 da Lei de Locação, estando assim disposto no referido comando legal:

Art. 53 - Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido.

I - nas hipóteses do art. 9º;

II - se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitado na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.

Desta maneira, restando evidente o reconhecimento do expressivo caráter social envolvido nesse tipo de locação.

3.2. DO CONTRATO DE FIANÇA

Também nomeada como caução fidejussória, a fiança representa a garantia de pagamento de uma dívida de uma terceira pessoa cujos bens demonstrem ser insuficientes perante à necessidade do devedor em arcar com uma obrigação. Com caráter de assessoriedade a fiança proporciona a consecução dos objetivos pretendidos por alguém cujo fiador escolheu auxiliar a ponto de incorrer no risco de dilapidação do seu próprio patrimônio pessoal.

3.2.1. Conceito, natureza jurídica e especificações

Prevista no capítulo XVIII do Código Civil, tem-se como contrato de fiança aquele celebrado de forma a salvaguardar a satisfação da dívida em face do credor, no caso de inadimplemento da obrigação principal, corroborando tal conceituação com o disposto pelo artigo 818, *caput*, da codificação civil: “pelo contrato de fiança,

uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.599 apud CARLI, 2009, p. 104-105) a fiança civil é “uma relação jurídica contratual, estabelecida entre um credor de uma obrigação e um sujeito garantidor, com seu patrimônio pessoal, para eventual hipótese de descumprimento de uma prestação principal, pelo efetivo devedor”.

Pode-se afirmar que a fiança é uma garantia pessoal pertencente ao gênero caução, este, que engloba toda modalidade de garantia seja ela real (que recai sobre coisas: penhor, hipoteca ou anticrese) ou pessoal (que recai sobre a pessoa: fiança ou aval). Neste sentido, a fiança recai sobre a confiabilidade emanada por quem a presta, assim como o aval, fazendo-se interessante diferenciar estes dois institutos. Conforme ensina Tartuce (2014, p. 833):

Anote-se que apesar de serem formas de garantia pessoal, a fiança não se confunde com o aval. Primeiro, porque a fiança é um contrato acessório, enquanto o aval traz como conteúdo uma relação jurídica autônoma. Segundo, porque a fiança é um contrato, enquanto o aval traduz uma obrigação cambial. Terceiro, porque na fiança, em regra, há benefício de ordem a favor do fiador, enquanto no aval há solidariedade entre o avalista e o devedor principal.

Ainda conforme as ideias do supracitado autor, quanto a sua natureza jurídica, observa-se que a fiança consiste em um contrato de garantia acessória, pois para a sua existência é necessário que haja um contrato principal no qual se conste a obrigação a ser garantida, dessa maneira, a fiança estará atrelada ao contrato motivador da sua origem, de forma a ser atingida por tudo que nele ocorrer, tais como a nulidade ou anulabilidade (arts. 184 e 824 do Código Civil), salvo pelo presente no caput do artigo 824 da codificação civil, onde se excetua a possibilidade de afiançar uma obrigação nula por incapacidade pessoal do devedor.

Em regra, a fiança é gratuita, pois geralmente o fiador não recebe nenhuma vantagem econômica em decorrência da garantia prestada, porém existem casos em que ela pode ser onerosa, tal como a fiança prestada por bancos. Como contrato formal, necessitando da sua elaboração pela via escrita, a fiança não é presumível ou admitida de maneira verbal, assim como, também não é autorizada a sua interpretação de forma extensiva (art. 819 do Código Civil), devendo-se então adotar a forma restritiva do seu sentido. Como corolário de tal premissa, o fiador apenas deverá responder pelo que consta expresso no contrato, de maneira que caso haja

alguma dúvida quanto ao conteúdo deste, deve-se vislumbrar a compreensão mais benéfica ao fiador.

Além de não demandar a carência de escritura pública, pois não é um contrato solene. Destaque-se o fato de que a oneração decorrente do contrato de fiança recai apenas sobre a pessoa do fiador, sendo assim, esse tipo contratual é marcado pela unilateralidade quanto aos seus efeitos. Embora tal espécie de garantia denote uma duplicidade de relações jurídicas, sendo estas referentes ao credor e fiador, e ao devedor e o fiador. Podendo inclusive ser instituída a fiança sem a concordância do devedor (artigo 820 do Código Civil).

Frisando-se a sua acessoriedade, também vale ressaltar que de acordo com o artigo 823 do Código Civil a fiança poderá ser total ou parcial, além de ser possível em valor inferior e menos onerosa que a obrigação principal, sendo que, se ultrapassar, valerá somente até o limite do contrato que a originou. Quanto à extensão temporal do contrato de fiança, tem-se que ela não deve ultrapassar o período para a qual foi convencionada (artigo 819 do Código Civil), porém tal questão merece tratamento especial quando se tratar da fiança concedida em sede de contrato de locação urbana, pois neste caso, quando ocorre a prorrogação da locação a fiança é automaticamente estendida, salvo disposição contrária constante no próprio texto do contrato (artigo 39 da Lei nº 8.245/1991), ressalvando-se a hipótese do fiador poder pedir a exoneração da fiança mediante notificação ao locador.

Fiadores de uma mesma obrigação são, em regra, solidários, podendo dispor de forma diferente, observando-se a autonomia da vontade. Assim como, a fiança poderá abarcar obrigações presentes ou futuras, podendo ser exigida só após a dívida principal ser líquida e certa (artigo 821 do Código Civil).

3.2.2 Dos direitos e deveres do fiador e do afiançado

Assim como diversos institutos da seara jurídica nacional, o contrato de fiança também se encontra permeado pelo princípio da boa-fé, este, que na modalidade contratual referida, baseia duas possibilidades de rejeição do fiador pela figura do credor. A primeira dessas ocasiões consta no artigo 825 do Código Civil e trata acerca da necessidade do fiador ser pessoa idônea, pois caso contrário ele pode vir

a ser rejeitado pelo credor, pois a fiança como garantia pessoal deve ser fundada na credibilidade exalada pelo sujeito que se propõe a prestá-la.

Ainda com fulcro na boa-fé e no mesmo dispositivo legal, o credor poderá ainda rejeitar o fiador nos casos em que este residir em domicílio alheio ao que a fiança é prestada ou não possuir bens o suficiente para quitar a obrigação garantida. Nesse mesmo sentido, preceitua o artigo 826 da mesma legislação infraconstitucional, quando prevê a possibilidade de substituição do fiador em decorrência de incapacidade ou insolvência.

É bem sabido o caráter subsidiário da fiança, pois como abordado na sua natureza jurídica, trata-se de um contrato acessório. Como benefício advindo dessa característica, observa-se o chamado benefício de ordem, onde o devedor no contrato principal pode ser demandado precipuamente ao garantidor do contrato acessório, estando disposto no artigo 827 do Código Civil que “o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito de exigir, até a contestação da lide, que seja primeiro executados os bens do devedor”. Porém o artigo 828, apresenta exceções quanto a essa possibilidade, sendo estas:

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.

Note-se que embora uma das causas que excetua a possibilidade do benefício seja alheia à vontade, as primeiras duas se tratam de atos que revelam consentimento em abrir mão de um direito que embora seja inerente ao negócio jurídico em questão, pode ser pactuado de maneira diversa. Neste contexto, o enunciado 364 da IV Jornada de Direito Civil assevera que “no contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão”, ressalte-se que a fiança pode ser pactuada de maneira paritária e individualizada, porém se faz mais comum no formato de contrato de adesão em situações como o mercado imobiliário.

Em análise ao que consta no artigo 832 da codificação civil, observa-se o direito do fiador em pleitear perante o devedor as perdas e danos advindas da fiança, assim esclarece Tartuce (2014, p. 339) que:

Por essa regra percebe-se que o fiador poderá, por força do contrato, responsabilizar-se por outros valores que não seja a dívida e os seus acessórios, como àqueles correspondentes às perdas e danos, quando a cláusula de responsabilidade constar em contrato de adesão. Isso porque, em regra, o fiador não responde por tais prejuízos, uma vez que a fiança não admite interpretação extensiva.

O fiador ainda terá direito aos juros do desembolso pela taxa prevista na obrigação principal, ou na falta dessa, aos juros legais da mora (artigo 833 do Código Civil). Já o artigo 844 admite a legitimidade do fiador em dar prosseguimento à execução iniciada pelo credor, que sem justa causa deixa de dar andamento à ação.

Embora geralmente a fiança deva existir durante todo o tempo do contrato principal, o fiador que se fizer presente em um contrato de fiança com prazo indeterminado, poderá dela exonerar-se quando achar necessário, restando apenas a obrigação de garante por sessenta dias após a notificação do credor, e 120 dias depois de dar ciência ao locador, nos casos de contrato locatício.

3.2.3 Da extinção do contrato de fiança

Além de por meio da exoneração unilateral, o contrato de fiança será extinto com a morte do fiador, porém a obrigação será transmitida aos herdeiros até o limite da herança, ressaltando-se a sua responsabilidade apenas ao lapso temporal referente ao período em que o fiador esteve vivo (artigo 836 do Código Civil).

O fiador também poderá por fim ao contrato de fiança mediante a oposição em face do credor de exceções pessoais que tenham o condão de extinguir o contrato (artigo 837). Ainda no sentido de cessação da locação, o artigo 838 do supracitado diploma legal, dispõe que:

Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado:

I - se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor;

II - se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências;

III - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

Extingue-se a fiança também nos casos em que sendo invocado o benefício de ordem, mediante o retardo da execução o devedor passa a ser insolvente. Cabendo ao fiador comprovar que os bens indicados pertencentes ao devedor eram suficientes para solver a obrigação na época em que foram arrolados (artigo 839 do Código Civil). Neste sentido, acrescenta Tartuce (2014, p. 840) que “[...] a extinção da fiança pode ocorrer também por ato amigável entre o fiador e o credor (distrato) ou por decisão judicial em ação de exoneração de fiança, que segue o rito ordinário”.

4. A FIANÇA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Como modalidades contratuais, a fiança e a locação devem, sobretudo, encontrar fundamentos de existência nos princípios advindos da Constituição Federal de 1988. Também conhecida como Constituição Cidadã por possuir conteúdo de elevado valor social, a Lei Maior deve ser vislumbrada como prioridade no processo de legislação infraconstitucional das mais diversas áreas do direito, proporcionando uma verdadeira imersão das normas positivadas no seio de direitos e garantias elencados na Carta Magna, sobretudo os concernentes à dignidade da pessoa humana.

Neste cenário surge a figura do fiador em contratos de locação e a possibilidade da penhora do seu bem de família perante a necessidade de satisfazer o débito do contrato principal inadimplido, mesmo diante da moradia como um direito social elencado na Constituição Federal com status de fundamental à existência digna da pessoa humana. Restando aos juristas pátrios a imperiosa missão de discernir com sabedoria e a devida ponderação sobre tal fato mediante a necessidade de atendimento imediato aos preceitos basilares contidos na Lei Maior, ao passo em que também vise solucionar as demandas diária e urgentes que emergem da vida em sociedade.

4.1 PENHORA DE BENS: CONCEITO, POSSIBILIDADES E ALCANCE DA ARRECADAÇÃO FORÇADA DE BENS

Instituto pertencente ao processo civil brasileiro, a penhora é parte da execução de pagar quantia certa e ocorrerá nas hipóteses em que o executado não realizar o pagamento em três dias após sua citação no processo de execução. Por meio deste instrumento processual e com a finalidade de garantia do juízo, busca-se a individualização do bem pertencente ao patrimônio do devedor. Ensina Neves (2017, p. 1250) que:

Com a penhora, a execução deixa uma condição abstrata que é a responsabilidade patrimonial – a totalidade do patrimônio responde pela satisfação do crédito – e passa a uma condição concreta, com a determinação exata de qual bem será futuramente expropriado para a satisfação do direito do exequente.

Conforme reporta o mencionado autor, esta satisfação pode ocorrer de forma direta ou indireta. Sendo da primeira maneira, quando o próprio bem individualizado é entregue ao credor por meio da adjudicação; e da segunda forma, quando o bem passa a servir a execução com o produto resultante da sua alienação.

Já na petição inicial podem ser indicados bens passíveis de serem penhorados. Atitude esta, que caso não seja realizada pelo credor na peça exordial, ficará a cargo do oficial de justiça, que em posse do mandado deve seguir em busca de bens do devedor suficientes para garantir a dívida. Neste aspecto, faz-se interessante observar o artigo 833 da Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), onde estão dispostos os bens considerados impenhoráveis, veja-se:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Assim, mediante expressa disposição legal, tais bens ficam excluídos da possibilidade de penhora, ressalvados os casos referentes à impossibilidade de opor a impenhorabilidade frente às dívidas relativas ao próprio bem, além das contraídas para a sua aquisição; assim como, a penhorabilidade dos bens dispostos nos incisos IV e X para fins de pagamento de prestação alimentícia. Ainda quanto à impossibilidade da penhora, cabe ressaltar a oportuna atenção a Lei nº 8.009 de

1990 (Lei do Bem de Família) que promove o bem de família a qualidade de impenhorável, embora em seu artigo 3º também elenque exceções.

Quanto aos seus efeitos, observa-se que a penhora tem o condão de gerar direito de preferência sobre a satisfação da execução. Assim, no caso de haver mais de uma penhora sobre o mesmo bem e os créditos dos interessados denotarem a mesma natureza, terá o direito de preferência o exequente que primeiro penhorou o bem (art. 797 do Código de Processo Civil).

Sendo que, conforme explica Neves (2017, p. 1251) esse benefício de preferência está diretamente associado à realização da penhora e não ao seu registro, uma vez que este não faz parte do ato processual da penhora, fundamentando-se apenas na função de dar ciência *erga omnes* sobre a sua existência. Também como característica desse procedimento executivo, é possível constatar a perda da posse direta sobre a coisa, permanecendo o domínio. Sobre este aspecto Neves (2017, p. 1251) acrescenta que:

Questão interessante surge quando o próprio devedor fica como depositário do bem, ou seja, apesar de ostentar outra qualidade (antes proprietário, agora depositário), mantém o contato físico com a coisa penhorada. Para a doutrina dominante, nesse caso estar-se-á diante de mera alteração do título da posse, não perdendo o executado a posse direta da coisa, mas agora respondendo pela sua integridade como depositário.

Nos casos em que haja a pluralidade de bens penhoráveis no patrimônio do executado, sejam eles distintos e não careça da constrição judicial sobre todos eles, prescreve o artigo 835 do Código de Processo Civil que se deve observar a seguinte ordem de preferência:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
IV - veículos de via terrestre;
V - bens imóveis;
VI - bens móveis em geral;
VII - semoventes;
VIII - navios e aeronaves;
IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
X - percentual do faturamento de empresa devedora;
XI - pedras e metais preciosos;
XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
XIII - outros direitos.

Além de enfatizar a primazia pela penhora em dinheiro, o referido artigo em seu parágrafo primeiro ressalta que mediante a observação de cada caso em concreto a ordenação disposta para tal preferência poderá sofrer alterações. Neste diapasão, faz-se proveitoso expor o conteúdo da Súmula nº 417 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reconhece que “na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”, restando clara a não peremptoriedade da citada determinação da codificação processual.

Como ato processual, o executado deve ser intimado acerca da penhora, admitindo o artigo 841, § 3º, do Código de Processo Civil que tal prática informativa seja considerada por feita nos casos em que o ato de constrição ocorra na presença do devedor, não restando assim, dúvidas quanto a sua ciência do fato. A intimação também pode ser feita por intermédio de advogado constituído (art. 841, § 1º do CPC) ou até na sociedade de advogados ao qual ele pertença, sendo que na falta de representante legal, o executado deverá ser pessoal, preferencialmente por via postal (§ 2º).

Independentemente da sua localização, a penhora de imóveis pode ser feita por termo nos autos, desde que se possua sua matrícula atualizada, assim como a de veículos automotores (art. 845, § 1º do Código de Processo Civil). Devendo a penhora deste último, tornar-se perfeita apenas após a apreensão do bem, possibilitando assim o cumprimento da finalidade do instituto, que é a satisfação da execução. Embora a averbação não constitua ato integrante da penhora, fazê-la denota um ato de precaução contra a fraude à execução, visto a impossibilidade de um eventual terceiro adquirente da coisa penhorada alegar a boa-fé na sua obtenção, assim, dispõe o artigo 844 da supracitada legislação que caso a penhora recaia sobre imóvel o exequente deve providenciar a sua averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis, promovendo também tal atitude em relação aos demais bens perante os órgãos competentes para tal.

Entre os seus artigos 847 e 858 o Código de Processo Civil abordam-se as possibilidades de substituição do bem penhorado. Neste sentido, o artigo 848 expõe que:

- Art. 848. As partes poderão requerer a substituição da penhora se:
- I - ela não obedecer à ordem legal;
 - II - ela não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;
 - III - havendo bens no foro da execução, outros tiverem sido penhorados;

IV - havendo bens livres, ela tiver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame;
V - ela incidir sobre bens de baixa liquidez;
VI - fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou
VII - o executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações previstas em lei.
Parágrafo único. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

Sendo suscitada qualquer destas questões, o juiz ouvirá a outra parte em até três dias antes de proferir a sua decisão (art. 53 do CPC). A substituição do bem penhorado ainda pode ser requerida pelo devedor, no caso em que até dez dias da sua intimação comprovar a sua menor oneração mediante a troca, além da falta de prejuízos ao exequente (art. 847 do CPC). Sendo sempre possível a substituição do bem constrito por dinheiro, visto a facilidade em obter a satisfação da execução mediante tal coisa.

Também pode existir a possibilidade de uma segunda penhora (artigo 851 do CPC) quando, a primeira for anulada; o produto advindo da alienação dos bens precipuamente penhorados forem insuficientes para a satisfação da dívida ou quando justificado pela litigiosidade do bem ou sua constrição judicial, o exequente desistir da penhora. Em sentido semelhante, pode-se verificar a alternativa de ampliação ou redução da penhora (art. 874 e 850 do CPC), nos casos em que se concluir que o valor do bem penhorado é (ou tenha se tornado) manifestadamente desproporcional ao débito.

4.2 A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A penhorabilidade do bem de família do fiador em sede do contrato de locação, assim reconhecida possível pela Lei nº 8.009/1990 em seu artigo 3º, inciso VII, faz-se tema polêmico e de amplo debate e divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da suposta inconstitucionalidade da norma em questão. Neste sentido, mostra-se fundamental reportar os rumos atuais desta temática em ascensão.

Entre as Supremas Cortes, o Supremo Tribunal Federal por certo tempo foi o responsável pela maior dissonância no entendimento referente ao tema. Sendo

possível vislumbrar decisões de diversas naturezas quanto à aplicabilidade da exceção sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, assim como a sua harmonia com os preceitos emanados da Carta Magna de 1988, proporcionando uma gama de interpretações sobre os princípios e demais normas constitucionais. Neste sentido, vale expor o entendimento de Carlos Velloso, então ministro do Supremo Tribunal Federal, que em decisão monocrática pronunciada em sede de Recurso Extraordinário na Suprema Corte, decide pela negativa da penhora do bem de família do fiador, expondo de acordo com a sua ótica, a contrariedade do Princípio Isonômico em face de tal ocorrência. Dispondo que:

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 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.o, CF, é um direito fundamental de 2.a 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 8.009/1990, 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. 3.º, 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. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/1991, não foi recebido pela EC 26, de 2000. (STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005, pendente de publicação).

Destoando dessa percepção esteve o próprio STF quando em 28 de março de 2006 pacificou a jurisprudência da referida Corte em relação ao tema, julgando de forma favorável o disposto na Lei nº 8.009/90 no que tange a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos locatícios inserida pela redação do artigo 3º, inciso VII, cuja ementa do julgado pode ser observada a seguir:

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. 6.o da CF. Constitucionalidade do art. 3.o, VII, da Lei 8.009/1990, com a redação da Lei 8.245/1991. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3.º, VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de

1991, não ofende o art. 6.º da Constituição da República. (STF, RE 407.688/SP, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006).

Não houve unanimidade na referida decisão, entendendo o relator Cezar Peluso, assim como os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim pela procedência da execução, enquanto contrários foram os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Celso de Mello.

Como argumentos favoráveis à decisão preponderou os que se referiam a necessidade do reforço das garantias contratuais, ao passo de estimular o mercado imobiliário e assim proporcionar, mesmo que por uma via oblíqua, a efetivação do direito fundamental à moradia. Também teve espaço afirmações que corroboraram com a ideia de que em tais situações, onde o bem de família do fiador pode ser penhorado para a satisfação do crédito locatício, existe a proteção de uma classe maior (que seria a dos locatários), em detrimento de uma classe de menor número (dos fiadores em contrato de locação), além de que o fiador ao firmar tal compromisso de garantia pessoal, estaria ciente dos riscos que enfrentava. Buscou-se referência ao princípio da autonomia da vontade nas relações privadas, ao passo em que se afirmou que a incidência das normas públicas deveria ser criteriosamente analisada caso a caso no âmbito privado.

Em direção contrária, foi referido sobre a nova ótica civil constitucional que torna retrógrada e sem sentido o antagonismo entre o direito público e privado, pautando sobremaneira na Constituição Federal a análise dos institutos civis, inclusive os contratos. Alegou-se o ferimento da isonomia como princípio base das relações negociais, assim como a necessidade de dar vistas ao Direito Constitucional por si mesmo, ou seja, não fazer a leitura da Lei Maior com a intenção direta de atender interesses do mercado. Também houve críticas sobre o conceito de aplicabilidade das normas tidas como programáticas, tal como o dispositivo constitucional que eleva a moradia a direito social fundamental, pois sua aplicabilidade deve ter o condão imediato. Ressaltou-se ainda a necessidade do Estado criar políticas públicas capazes de tornarem efetivos os direitos fundamentais, no sentido de também favorecer a posse do patrimônio mínimo necessário a vida digna.

Já o Superior Tribunal de Justiça sempre ostentou a prevalência do entendimento de ser plenamente possível a penhora do bem de família do fiador em contratos locatícios. Neste sentido:

“Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido” (STJ, REsp 299663/RJ, j. 15.03.2001, 5.a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 02.04.2001, p. 334).

Resultando tal postura na elaboração da Súmula 549 a qual dispõe que “é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Embora se tenha a ideia de pacificação jurisprudencial quanto ao entendimento da possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício, diversos Tribunais ainda insistem em tomar direção diversa do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, seguindo neste mesmo prumo também boa parte da doutrina civilista.

4.3 SITUAÇÃO DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE JURÍDICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como Estado Democrático de Direito, o Brasil traz a Constituição Federal de 1988 como sua lei fundamental, a qual deve servir como fonte orientadora de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de declaração da sua inconstitucionalidade e conseqüente abolição da seara jurídica nacional.

Seguindo-se a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado, assim como, adotando o critério de utilidade preponderante da lei, claramente se vislumbra o Direito Constitucional como ramo do primeiro e o Direito Civil como parte da segunda subdivisão, uma vez que primordialmente o Direito Público deveria reger a ordem geral, e em contrapartida o Direito Privado deveria se ater à relação entre os particulares, pautando-se principalmente na liberdade destes vínculos. Sendo que, como norma infraconstitucional a legislação civil, assim como todas as outras, deve manter suas raízes na norma fundamental, para que assim possa ostentar seu critério básico de validade.

Almejando uma maior interação entre estes ramos da doutrina jurídica, buscou-se romper o paradigma desta clássica divisão e optar por uma visão mais unitária do ordenamento jurídico, propiciando o surgimento de diferenciados segmentos metodológicos, tal como o Direito Civil Constitucional originado na obra

de Pietro Perlingieri e que sugere uma análise do Direito Civil profundamente pautada nos ditames constitucionais, assim como explica Tartuce (2014, p. 56):

O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise de mão dupla.

Ainda de acordo com Tartuce (2014, p.55), esse modo peculiar de observar a norma civil representa uma evolução significativa no pensamento civilista moderno e demonstra uma tendência de invasão da Constituição no direito como um todo, ou, como denominam os constitucionalistas, neoconstitucionalismo. Nesse sentido, aborda Barbosa (2005, p. 141-145 apud RITONDO, 2008, p. 10):

A interpretação dos dispositivos do Código Civil de 2002 deve ser realizada à luz da Constituição Federal, uma vez que o ordenamento jurídico é unitário. A Constituição é fundamento de todo Direito, inclusive do ordenamento jurídico-privado, que, não obstante, preserva a sua autonomia. O Direito Constitucional assume perante o Direito Privado singulares funções de garantia, orientação e impulso.

Aponta Tartuce (2014, p. 57) que para melhor compreensão dos ditames dessa concepção interpretativa, faz-se mister atentar às lições de Gustavo Tapedino, onde ele dispõe acerca de três princípios tidos como basilares ao Direito Civil Constitucional, estes que compõem a tríade da dignidade, solidariedade e igualdade.

A dignidade da pessoa humana constante no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil, representa o eixo central da humanização proposta pela Carta Magna a fim de trazer uma maior proteção e consideração à pessoa como ente detentor de direitos, este, que visivelmente se encontra em um patamar acima do ocupado pelo patrimônio e quando visto sob a ótica Civil Constitucional coaduna com a tendente personalização ou despatrimonialização do Direito Civil, antes tido como ramo estritamente patrimonial. Desta forma dispõe Gonçalves e Zandoná (2010, p. 72) quando afirmam que “o direito civil vem sofrendo forte ingerência de normas alheias àquelas postas no código civilista, especialmente, de normas constitucionais que visam proteger direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade como um todo.”

A solidariedade social, é trazida no art. 3º, I, da CF/88 como objetivo fundamental da República e traz um caráter voltado aos preceitos da justiça social.

Já a igualdade, mostra-se presente no art. 5º, *caput*, da Lei Maior onde *ipsis litteris* dispõe que “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 [...]”.

Assim, tendo em vista a imprescindibilidade desses princípios, é forçoso concluir pela sua aplicabilidade imediata nas demandas jurídicas e sociais, assim como, pelo seu rebaixamento à norma programática negando a sua efetiva eficácia horizontal. Neste sentido, Tartuce (2014, p. 58) esclarece que:

Por certo é que essa eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

É de acordo com tais ideologias principiológicas que se deve orientar o olhar perante o direito privado, sobretudo adotar a visão do Direito Civil segundo a Constituição e interpretar os mandamentos legais sempre pontuando a dignidade humana sobre todas as demais questões, assim como, quando se analisa os institutos civis, a exemplo do bem de família, importante instrumento na efetivação de diversos direitos fundamentais, tal como a própria existência digna.

Dispondo sobre a impenhorabilidade do bem de família, a Lei nº 8.009/90 causou certo descontentamento do mercado imobiliário quanto à limitação imposta a tal segmento, tendo em vista que o bem outrora usado para o devido ajuste da dívida não paga, agora gozava de imunidade, tal como passou a ser com o único local de moradia pertencente ao fiador. Assim, no caso do referido garantidor que até então possuía certa proteção quanto a sua moradia, a Lei do Inquilinato tratou de solucionar tal óbice com a exclusão da proteção legal anteriormente oferecida, vindo assim, a acalantar o mercado de imóveis em detrimento da família e dignidade humana do fiador, o qual a partir de então passaria a não ter o mínimo necessário a uma existência digna, colocando em risco a efetivação de diversos direitos fundamentais tal como a sua saúde e de seus dependentes, claramente divergindo da devida função social dos contratos prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002. Corroborando com tal entendimento dispõe o Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil quando declara que:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Assim, faz-se mister o entendimento pela busca de maneiras passíveis de efetivação dos direitos corolários da dignidade da pessoa humana, no sentido de materialmente aplicá-los na esfera social e prevalecer a perspectiva de um Estado atuante em busca da equiparação jurídica, social, cultural e econômica entre os seus integrantes.

Neste sentido, salienta-se o tratamento pouco isonômico fornecido ao fiador em contrato de locação de imóveis, pois se faz garantidor em um contrato de natureza acessória, perante o qual poderá ver executado o seu bem de família e assim despir-se do patrimônio mínimo necessário a sua sobrevivência e da sua família, situação na qual não poderá ser encontrado o devedor principal e afiançado, pois será detentor de todo o resguardo cabível ao eventual bem adquirido e passível de classificar como bem de família, inclusive impossibilitando o direito de regressão cabível contra o mesmo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho versou acerca da família em sua origem e ambientação mais íntima, seu local de moradia. Tendo por base referenciais históricos, vislumbrou-se a evolução do contexto familiar mediante a necessidade de apropriação de determinada parcela do solo para fincar raízes e desenvolver os laços resultantes do contexto familiar.

Neste cenário de profunda identificação com o ambiente próprio de cada família, foram sendo concebidas crenças e rituais de maneira que a entidade familiar estava diretamente vinculada aquele lugar, a ponto de depositar naquele ambiente todos os seus anseios e perspectivas para o futuro.

Mesmo após o desenvolvimento social e as mudanças ideológicas que por séculos separam as gerações, na atualidade ainda vigora o liame da entidade familiar, modernamente concebida de forma pluralizada e alheia a rótulos. Sendo que nesta esteira se encontra a figura do bem de família, instituto projetado para salvaguardar a família no que tange a sua dignidade e desenvolvimento saudável.

Este trabalho buscou abordar o instituto do bem de família, em suas mais diversas facetas, ao passo em que delimitou sua origem, conceito e âmbito de incidência, mais especificamente no que tange as suas excepcionalidades e efeitos perante a seara jurídica nacional. Neste aspecto, preponderou o interesse por tratar da situação que abarca o fiador em contrato locatício em face da possibilidade da penhora do seu único imóvel de moradia.

Acrescido do inciso VII, o artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 (Lei do Bem de Família) legitima a impossibilidade de opor a impenhorabilidade do bem de família frente à constrição judicial, nos casos em que se tratar do único imóvel de moradia do fiador em contrato locatício, de maneira a tratar com primazia a solvência da dívida em face do locador. Neste sentido, buscou-se por meio desta pesquisa analisar a situação fática fornecida pelo dispositivo legal em questão, perante os princípios constitucionais e sua importância suprema no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne à dignidade da pessoa humana.

Assim, alcançou-se o objetivo primordial desta pesquisa quando se efetivou a análise do instituto do bem de família e a situação do fiador em contrato de locação, cujo bem de família paira inseguro no ordenamento jurídico pátrio. Alcançando-se

também os objetivos específicos por meio da realização da própria pesquisa e da maneira como a qual ocorreu.

Fazendo-se possível concluir que o melhor entendimento que versa sobre o assunto alvo desta pesquisa é aquele que se apegua a inconstitucionalidade da norma exteriorizada pelo inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, porém salientando que tal norma se encontra em plena utilização na seara jurídica nacional, assim como a sua constitucionalidade é defendida pelo próprio Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, Cortes máximas do ordenamento jurídico brasileiro.

Perante a análise dos dispositivos que tratam acerca da penhora do bem de família do fiador em contratos locatícios, admitindo a sua constrição legal em face do inadimplemento da dívida do locatário, chega-se a concepção de que tal exceção da impenhorabilidade do bem de família se faz desproporcional ao caso em tela, vista a natureza acessória do contrato de fiança em face do contrato principal de locação, não podendo àquele, portanto, sofrer uma maior oneração que o próprio devedor.

Embora pese em desfavor do fiador a autonomia privada na relação civil e a sua submissão por vontade própria a se fazer garantidor, frente à principiológica que embala a doutrina do direito civil constitucional e a emanção dos efeitos da Constituição Federal por todo o ordenamento jurídico, tem-se por superada tal dicotomia entre o estritamente público e o privado, sendo que tais princípios próprios do direito civil continuam a exercer o seu peso nas negociações, mas de forma a dar primazia a incidência da dignidade humana, isonomia, e demais direitos fundamentais nos pactos celebrados.

Elevada ao status de direito humano fundamental, a moradia passa a ser reconhecida como essencial ao desenvolvimento digno e sadio da entidade familiar, aparentando irrazoabilidade em optar pela perda de exercício desse direito em favor da solvência de uma dívida contraída por terceiro, contra o qual, sequer poderá haver direito de regresso, pois o eventual bem que este possa vir a possuir, se classificado como próprio da família, estará completamente amparado pela impenhorabilidade. Restando evidente também a desconsideração da isonomia nas relações contratuais, onde o pacto acessório denota maiores onerações do que o próprio contrato principal. Restando clara a dissonância entre a gama principiológica emanada da Constituição Federal de 1988 e a norma em análise, cite-se, o inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

Em que pese as considerações em relação ao exposto, faz-se mister salientar que esta pesquisa não possuiu a pretensão de esgotar todo o conteúdo referente ao tema, restando margens para futuras pesquisas e ponderações diversificadas acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. v. 19, São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo, 2010.

BRASIL. Concelho da Justiça Federal. **Enunciado n. 23**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>>. Acesso em: 18 de mar. De 2017.

_____. Concelho da Justiça Federal. **Enunciado n. 364**. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 de mar. De 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 de março de 2017.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 26, de 14 de fev. de 2000**. Dá nova redação ao art. 06º da Constituição Federal. Brasília, 14 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em: 17 de março de 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2017.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília, 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2017.

_____. **Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916.** Código Civil de 1916, (Revogado). Presidência da República, 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16#art-70>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

_____. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os Registros Públicos, e dá outras providências. Brasília, 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 17 de mar. De 2017.

_____. **Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 17 de mar. De 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 299663 RJ 2001/0003679-1.** Relator: Min. Felix Fischer. Data de Julgamento: 15/03/2001, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 02.04.2001 p. 334. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317508/recurso-especial-resp-299663-rj-2001-0003679-1/inteiro-teor-100235370>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 417.** Súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 549.** Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal de Justiça. Edição: Superior Tribunal de Justiça. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=549&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 de mar. De 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 352940/SP.** Relator: Min. Carlos Velloso. São Paulo, 25 de abr. de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm>>. Acesso em: 19 de mar. De 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 407.688-8/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 08 de fev. de 2006. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06/10/2006, p. 880. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2010/recursoExtraordinario.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2009. 181 p.

CARVALHO, Eliane Rodrigues de Faria. A penhora do bem de família do fiador. **E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte**. ISSN: 1984-2716. Vol. III, n. 1. Belo Horizonte, 2010, jul-2010. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/67/42>>. Acesso em 10 de março de 2017.

COULANGES, Fustel de (1830-1889). **A Cidade Antiga**. (tradução) Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBookBrasil, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v.2, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v.6., 7. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.6., 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Eliseu da Costa; ZANDONÁ, Maurício. A despatrimonialização do direito civil. **Revista Paradigma**. ISSN 0103-5908. Ano XV n. 19. São Paulo: UNAERP, 2010, Jan/jul 2010. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/67/73>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10149>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILHOMENS, Jônatas. **Manual Prático dos Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 1.808 p.

RITONDO, Domingo Pietranguelo. **Bem de Família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 146 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TURTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

_____, Flávio. **Direito civil, v. 3 : teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense –São Paulo : MÉTODO, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. v. II. ,3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato comentada**: doutrina e prática: Lei 8.245, de 18-10-1991. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.