

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mariana Menna Barreto Azambuja

Impenhorabilidade do bem de família do fiador: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mariana Menna Barreto Azambuja

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Vera Fradera

Porto Alegre
2011

Dedico este trabalho aos meus amados pais, João Luiz e Isabel, por serem eles os maiores incentivadores da minha educação e formação profissional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por me oportunizar a conclusão de mais esta etapa em minha vida.

Agradeço ao meu sócio, padrinho e amigo, Luiz Henrique Chagas Farias, com quem constantemente travo excelentes discussões jurídicas, inclusive sobre o tema do meu trabalho de pesquisa.

À magistrada, Carmem Maria Azambuja Farias, porém, mais do que tudo, à minha querida tia e madrinha, com quem sempre tive toda liberdade de buscar toda experiência e conhecimento atrelado ao Direito.

À minha irmã pelos conselhos; ao meu namorado pelo suporte.

E, por fim, agradeço a minha orientadora, Professora Vera Fradera, por todo apoio e auxílio despendidos durante todo este processo.

“O Direito deve ser sempre uma tentativa de Direito Justo, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade”.

Miguel Reale

RESUMO

Entre os inúmeros princípios elencados na Constituição Federal brasileira, é difícil estabelecer quais são os de maior ou de menor importância para o bom desenvolvimento na vida dos cidadãos brasileiros. No caso do presente trabalho de pesquisa, o enfoque foi a busca dos fundamentos que levam o tema da possibilidade de penhora do bem de família do fiador a ser tão abordado e discutido dentro do sistema jurídico brasileiro. Analisamos os conceitos principais para o bom entendimento do caso, como o bem de família, o direito à moradia, o contrato de fiança, com um enfoque no princípio da proporcionalidade. Desde o advento da norma legal que excetua o bem de família do fiador decorrente da fiança do direito a impenhorabilidade, existe muita discussão sobre o caso não só entre os doutrinadores e operadores do direito, mas também na jurisprudência do país. Nesta monografia, buscamos verificar os fundamentos que mantem o artigo em vigor, como, por exemplo, a manutenção do regular andamento do mercado imobiliário, bem como aqueles que buscam a revogação do artigo com base no direito à moradia do fiador. Com base na razoabilidade, analisamos a aplicação do referido artigo de forma crítica no cenário jurídico e social brasileiro.

Palavras-chave: fiança – bem de família – impenhorabilidade – princípios constitucionais – moradia

ABSTRACT

Among the many principles enumerated in the Brazilian Constitution is hard to establish what is more or less important to the development in the lives of Brazilian people. In this research, the focus was the pursuit of foundations that carry the theme of the possibility of seizure of the family and the guarantor to be so addressed and discussed within the Brazilian legal system. We analyzed the concepts in the proper understanding of the case, as good family, the right to housing, the contract bail, with a focus on the principle of proportionality. Since the advent of the provision that exempts the homestead arising from the guarantor of the right to bail immunity from seizure, there is a lot of discussion about the case not only among scholars and legal authorities, but also in the jurisprudence of the country. In this monograph, seek to verify the foundation that keeps the article in force, for example, the maintenance of regular progress of the business market as well as those who seek the repeal of article based on housing rights of the guarantor. On the basis of reasonableness, we examine the application of that article in the Brazilian system social and legal in a critical way.

Keywords: bond – homestead – unseizability – constitutional principles - habitation

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1. <i>Bem de família</i>	12
2.1.1 <i>Origem</i>	12
2.1.2 <i>Conceito</i>	14
2.2 <i>O advento do direito à moradia como direito social</i>	17
2.2.1 A moradia do fiador como integrante dos direitos sociais	21
3 DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO	24
3.1 <i>A fiança como garantia locatícia</i>	24
3.1.1 Conceito e natureza jurídica da fiança	24
3.2 <i>As formas de responsabilidade do fiador</i>	27
3.3 <i>Os limites do direito creditício</i>	31
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA POR EXCELÊNCIA NO DESLINDE DAS QUESTÕES RELATIVAS À (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA	35
4.1 <i>O princípio da proporcionalidade e seus conceitos</i>	35
4.1.1 O princípio da adequação	35
4.1.2 O princípio da necessidade	37
4.1.3 O princípio da proporcionalidade <i>stricto sensu</i>	38
4.2 <i>O princípio da igualdade entre devedor principal e fiador</i>	40
4.3 <i>Penhorabilidade como “ultima ratio”</i>	43
4.4 <i>Considerações sobre o Projeto de Lei Nº 6.413/2009</i>	46
5 CONCLUSÃO	48
6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa traz uma análise do controverso tema relativo à penhorabilidade ou não do bem de família do fiador nos contratos locatícios. Tema este, que após anos de discussão permanece sempre em voga diante da importância da referida garantia real fidejussória no mercado imobiliário.

O contrato de fiança é o nosso foco principal, de onde todo problema é gerado. Por isso achamos por bem fazer uma breve análise histórica do referido instituto.

Na realidade, poucos autores fazem menção a parte histórica do contrato de fiança, entretanto, nas escassas obras encontradas, a maioria é unânime em referir o berço do instituto.

A fiança foi criada em Roma, inicialmente em três modalidades, conhecidas como a *sponsio*, a *fidepromissio* e a *fideiussio*. Paulo Nader¹, em seu curso de direito civil, explica claramente o que cada uma significou:

Em seu período clássico, o Direito Romano conheceu três modalidades de fiança: a *sponsio*, a *fidepromissio* e a *fideiussio*, que surgiram nesta ordem. Primeiramente o credor se dirigia ao devedor, indagando-lhe: *Spondesne mihi centum dare?* Após ouvir a resposta afirmativa, voltava-se para o *sponsor* (fiador): *idem dari spondes?* – “prometes dar o mesmo que o devedor?”, seguindo-se a resposta: “*spondeo*” (“prometo”). A *fidepromissio* aplicava-se tanto aos romanos quanto aos estrangeiros, pois era negócio jurídico de *jus gentium*. Ao ser indagado: *idem fidepromittis?* – “prometes fielmente (*fidepromittis*) o mesmo?”, o *fidepromissor* respondia positivamente. (...) Com Justiniano, ao final da república, a *sponsio* e a *fidepromissio*, que eram semelhantes e se destinavam às obrigações verbais, cederam lugar a *fideiussio*, aplicável aos romanos e aos estrangeiros, pois era negócio jurídico de *ius gentium*. O devedor indagava ao *fideiussor*. *Idem fide tua esse iubes?* – “garantes, sob a palavra, esta prestação? (*fideiubes*)?” A resposta consistia na expressão: *fideiubeo* (“garanto, sob a palavra”).

Com o passar dos anos, criou-se uma lei que garantia ao fiador, direito de regresso contra o devedor principal, conhecida como Lei Publilia. Ainda, existia outra lei que com objetivo de reaver dos demais garantidores ao menos parte do valor pago, esta chamada de Lei Apuleia².

¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 423.

² Paulo Nader discorre sobre o assunto: “Posteriormente, ao longo dos séculos III e II a.C., algumas leis favoreceram os fiadores, seja dando-lhes regresso contra o devedor (Lei Publilia), seja para

No Brasil, a fiança encontra-se disposta em três seções distintas dentro do Código Civil: a primeira, entre os artigos 818 e 826, trazendo as disposições gerais do contrato; a segunda, referente aos efeitos da fiança, disposta nos artigos 827 a 836; e, por fim relativamente à extinção da fiança, os artigos 837 a 839.

O questionamento que se faz diante do tema em questão, é o porquê da notória diferenciação que se faz entre o devedor principal e o fiador, que não passa de mero garantidor na relação jurídica. É evidente que faz parte da função do garantidor garantir o adimplemento da dívida, porém, a matéria se complica, quando o fiador passa a ser mais onerado do que o devedor principal.

Sabe-se que, na prática, não há nenhuma exigência legal que determine que o fiador demonstre a propriedade de mais de um imóvel para então estar autorizado a figurar como garantidor do locatário. Entretanto, mesmo não existindo lei que assim disponha no sistema normativo atual, cumpre salientar que muitas imobiliárias tomam tal cuidado por conta própria.

É fato que existe preocupação no sentido de que com a revogação do artigo que permite a penhorabilidade do bem de família do fiador, exista queda brutal na procura de imóveis para fins de locação, ocorrendo desta forma, um prejuízo à moradia de inúmeros cidadãos.

Ou ainda, exista um problema ainda maior: de que todos os contratos locatícios em vigor nesta data, de um dia para o outro encontrem-se descobertos por garantia, tornando-se desta forma, todos anuláveis perante o mundo jurídico.

Mas por outro lado, não se pode esquecer que o fiador fica totalmente excluído da segurança jurídica em relação ao seu bem de família. Igualmente, parece estar violado o seu direito a propriedade, já que com a penhorabilidade de seu imóvel, a perda da propriedade é consequência elementar.

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal, através do RE nº 407688, firmou o entendimento pela constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, a qual foi aberta exceção através da redação da Lei 8.245/91, que assim dispõe:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Diante desta norma legal, o fiador fica visivelmente mais onerado do que o devedor principal que, por sua vez, encontra-se acolhido pela impenhorabilidade de seu bem de família. Todavia, difícil se faz entender os motivos que levaram o legislador a onerar mais o garantidor do que o próprio devedor principal, violando desta forma o princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

O bem de família é protegido pela lei 8.009/90, tendo como escopo garantir a proteção ao indivíduo, bem como de seus familiares, relativamente ao bem material de maior importância, ou seja, aquele que serve de moradia aos membros da família.

No decorrer do trabalho analisaremos por primeiro o conceito do bem de família e também o advento do direito à moradia como direito social na Constituição Federal pátria. Tais tópicos tornam-se imperiosos diante dos fundamentos utilizados por aqueles que defendem a impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Após, por ocasião do segundo capítulo, abordaremos a questão da fiança locatícia e dos seus desdobramentos que podem vir a chegar na responsabilidade patrimonial do fiador, que pode ser subsidiária ou solidária, dependendo do que foi previsto contratualmente.

Ainda no segundo capítulo, analisaremos os limites do direito de crédito no sistema jurídico brasileiro, fazendo uma análise das obrigações de cada uma das partes envolvidas na relação locatícia e de fiança.

Por fim, concluiremos fazendo uma análise de tudo que foi visto no decorrer do trabalho com ótica no princípio da proporcionalidade³ e seus subprincípios em relação aos preceitos constitucionais que norteiam o presente tema, tais como o direito à moradia, o direito de crédito e o direito a propriedade.

³ “O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.” BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pag. 33.

2 O BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Bem de família

Antes de dar início à análise da origem e do conceito do bem de família, se faz necessária a transcrição do conceito básico trazido pela lei 8.009 de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do referido bem, qual seja:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

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

Importa ressaltar que o bem de família disciplinado no Código Civil, gera uma maior segurança à família do que aquele trazido pela lei 8.009/90. Isso porque, no Código Civil, as disposições são mais protetivas à família, enquanto a lei específica enumera rol de possibilidades para casos de penhorabilidade do bem.

2.1.1 Origem

Ao contrário do esperado, o bem de família não teve o seu surgimento no Direito Romano. A bem da verdade, o bem de família sequer existiu, tecnicamente, dentro das normas romanas.

Conforme disciplina Álvaro Villaça Azevedo⁴, o que ocorreu em Roma foram os primeiros indícios de proteção ao patrimônio familiar, através da proibição de

⁴ “No Direito Romano, no período da República, havia proibição de alienar patrimônio da família, pois todo ele tinha caráter de inalienabilidade, dados os rígidos princípios de perpetuação dos bens dos antepassados, que se consideravam sagrados. Foi assim, até fins da República romana, considerada uma desonra a venda de bens herdados dos maiores (antepassados).” AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pag. 7.

alienar bens advindos dos familiares já falecidos. Até porque, os romanos tinham como princípio basilar, a crença na perpetuação dos bens de seus antepassados.

Com o tempo e diante da preocupação dos romanos em cuidar do patrimônio da família, surgiu a necessidade de proteger de forma concreta os bens pertencentes às famílias. Diante disso, o povo romano passou a fazer uso da cláusula de inalienabilidade dentro dos testamentos.

Deu-se então, em Roma, o primeiro indício de que o patrimônio familiar necessitava de algum tipo de proteção especial.

Nascido na República do Texas (quando esta ainda fazia parte do México e não dos Estados Unidos), o bem de família foi instituído pelo Direito Americano como sendo uma propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta.

Nos Estados Unidos da América, o chamado *homestead* (*home* = lar e *stead* = local), isto é, o local do lar, surgiu para valorizar o empenho individual dos americanos que estavam em busca de sua independência. Da mesma forma, tinha como finalidade estimular os imigrantes a através de seus esforços construir patrimônio próprio.

Ainda, consoante ensinamento de Álvaro Villaça de Azevedo⁵:

A lei do *homestead* trouxe, ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí a residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência.

Ana Marta Zilveti⁶, também discorre sobre a origem do Bem de família:

Na constituição Texana de 1845, o *homestead* era definido como uma porção de terra pertencente aos chefes de família, protegida contra a alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário, posteriormente à aquisição da propriedade. O *homestead* da família não poderia exceder ao valor de dois mil dólares e ao tamanho de duzentos acres de terra em área rural, uma vez que ainda não se previa o *homestead* urbano, o que somente ia ocorrer muito tempo depois.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pag. 15.

⁶ ZILVETI, Ana Maria Cattani de Barros. Bem de Família. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pag. 33.

O referido instituto (*homestead*) não é conhecido na *common law*, sendo que, de acordo com as normas inglesas, qualquer direito relativo ao mesmo deve ser instituído por lei ou norma constitucional.

Por outro lado, o *homestead* foi reconhecido em outros países como Canadá, França, Suíça, Alemanha, Portugal, Itália, Argentina, México e Venezuela. Embora não muito aplicado juridicamente, nos referidos países existe grande preocupação com a segurança e preservação da moradia dos cidadãos.

No Código Civil de 1916, a matéria relativa ao bem de família vinha disposta da seguinte maneira:

Art. 70 – É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Notamos a utilização da expressão “chefes de família”, que na época, evidentemente, fazia menção aos homens. Atualmente, o “chefe de família” pode ser tanto um homem como uma mulher, motivo pela qual a referida expressão foi devidamente suprimida e substituída (pela palavra “cônjuges”..) pelo no-Código Civil de 2002.

Quanto à utilização do referido instituto no antigo Código, a doutrina nos pareceu pacífica ao afirmar que, durante os primeiros anos de sua criação, pouco foi aplicado de forma concreta⁷.

Antigamente, no Código Civil de 1916, a matéria do bem de família estava situada junto à parte geral do Código (artigos 70 a 73). Hoje em dia, após o advento do Código Civil de 2002, a disciplina encontra-se junto ao Direito de Família (artigos 1.711 a 1.722).

2.1.2 Conceito

⁷ Em relação a este aspecto, discorre Ana Maria Zilveti: “A despeito de todas as expectativas em torno do bem de família, o instituto previsto no CC de 1916 parece nunca ter alcançado maior amplitude. A doutrina é unânime em salientar o seu pouco uso, durante todos estes anos. (...) Tanto que, esse quadro de desuso do bem de família somente começou a ser revertido após a edição da Lei 8.009/90, que desvinculou o instituto das formalidades outrora necessárias, assentando novas bases para o bem de família, como se esclarecerá”. ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. Bem de Família. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pag. 171-172.

Para fins de dar continuidade ao nosso trabalho de pesquisa, importante se faz conceituar o instituto do bem de família. Além das considerações já determinadas pela própria legislação, vejamos três dos maiores estudiosos quando o assunto é o bem de família.

Ana Marta Cattani de Barros Zilveti⁸, assim refere em relação à evolução do bem de família no direito brasileiro:

A Lei 8.009/90 passou, assim, a dar guarida às famílias de fato, surgidas de modo espontâneo na sociedade, independentemente do vínculo formal do casamento e também às famílias monoparentais, conforme o conceito de entidade familiar delineado pelo art. 226 e §§ 3º e 4º da CF/88. Esta é uma das questões mais polêmicas da referida legislação, pois se, por um lado, pretendeu o legislador expandir o raio de abrangência do bem de família, por outro lado, criou enormes dúvidas quanto à delimitação dessa abrangência, em parte devido à estreiteza da definição constitucional de entidade familiar e em parte por causa de situações que não se enquadram no conceito de família ou de entidade familiar, como a do solteiro. Ademais, em relação ao bem de família previsto no CC de 1916, alargou-se o objeto do instituto, que abarca não só o imóvel residencial, mas também os bens móveis que o guarneçam, desde que não sejam veículos, obras de arte e adornos suntuosos (art. 2º). Com isso a lei 8.009/90 beneficia também aqueles que não possuem imóvel próprio, já que, no caso de imóvel alugado, o inquilino será favorecido pela impenhorabilidade dos bens móveis quitados, que guarneçam a residência locada (§ único do art. 2º).

Álvaro Villaça Azevedo⁹, por sua vez, assim conceitua o bem de família:

O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma esta instalada domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Note-se que, embora na grande maioria dos conceitos de bem de família, se fale em cônjuges e filhos, também se estende o referido conceito às pessoas solteiras, separadas ou viúvas. O assunto inclusive foi objeto da Súmula número 364 do Superior Tribunal de Justiça¹⁰.

⁸ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. Bem de Família. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pag. 185.

⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰ "O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas." Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.

O bem de família pode ser um imóvel urbano ou rural, mas deve ter como objetivo principal servir como moradia da família.

Neste sentido, afirma Arnaldo Marmitt¹¹:

O objeto do bem de família é um imóvel urbano ou rural, destinado à moradia da família, legalmente constituída ou não.

O objetivo é assegurar a moradia para a família, isenta de execução de dívidas, exceto as hipóteses determinadas por lei.

Sendo assim, o instituto reveste-se de relevante conteúdo social e econômico, realçando a habitação como bem indispensável, preservando-a das consequências de negócios mal sucedidos de qualquer membro da família. Visa beneficiar assim, os desfavorecidos pela sorte e pela fortuna.

Dentre as hipóteses referidas pelo autor, está aquela que dá tema ao presente trabalho de pesquisa, ou seja, a possibilidade de penhora do bem do fiador, quando se tratar de dívida decorrente de contrato locatício.

Como já referido, o bem de família foi protegido pela própria legislação infraconstitucional, através dos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, porém remete a questão da impenhorabilidade, bem como suas exceções, à lei especial, qual seja, a lei 8.009/90.

O Estado criou a lei do bem de família como forma de proteção das famílias brasileiras. Desta forma, a moradia fica impenhorável ante qualquer situação econômica desfavorável, que possa vir a comprometer os bens dos familiares.

Verifica-se, no entanto, que a proteção ao bem de família não gera segurança a todos, eis que a lei específica elenca situações onde o bem de família pode ser penhorado legalmente¹².

Isso significa que uma das únicas figuras que não fica resguardada pelo fracasso de um negócio jurídico mal sucedido é o fiador. No decorrer do presente

¹¹ MARMITT, Arnaldo. Bem de família. Rio de Janeiro: Aide, 1995 – pag. 49.

¹² “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.” Lei 8.009/90.

trabalho, analisaremos mais profundamente a figura da fiança locatícia, bem como os seus possíveis desdobramentos a favor, ou contra, o garantidor.

Salientamos ainda, que o direito ao bem de família não se extingue com a morte de um dos cônjuges, permanecendo, deste modo, como bem impenhorável ao cônjuge sobrevivente e aos demais familiares, habitantes na residência.

Após a análise do significado jurídico da expressão “bem de família”, importante se faz a realização de análise sobre a aplicabilidade de tal instituto no âmbito social, isto é, a sua condição de moradia para os cidadãos e seus respectivos familiares.

2.2 O advento do direito à moradia como direito social

A falta de moradia a grande parte da população brasileira é um antigo problema enfrentado em nosso país. Em consequência disso o índice de indivíduos morando em favelas, cortiços e até mesmo na rua ainda é extremamente alto¹³.

Por conta disso, evidente que a legislação teria o dever de proteger e garantir de alguma forma o direito dos cidadãos a sua moradia e de seus familiares.

Desde o ano de 1948, através da Declaração Universal de Direitos Humanos, o direito social à moradia foi reconhecido. No Brasil, por sua vez, o referido direito foi agregado à Constituição Federal brasileira, tão somente em 14 de fevereiro de 2000 por meio da Emenda Constitucional de número 26, que inseriu o direito à moradia no artigo 6^o¹⁴, da Carta Magna.

¹³ Sobre o histórico da política habitacional no Brasil, ensina Elza Canuto: “No Brasil, até o início do século passado, a participação governamental no processo habitacional era insignificante. O Governo concentrava sua preocupação nas condições sanitárias das cidades, a fim de evitar epidemias. Na década de 1930, com intensificação da industrialização, houve uma concentração populacional nas cidades e, em consequência, um déficit na oferta de moradias. Foi então, que o Estado começou a intervir no processo habitacional, criando, dentro do sistema previdenciário, também.” CANUTO, Elza Maria Alves. *Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 190. Elaine Pagani, por sua vez, assim discorre sobre a política habitacional: “A política habitacional e urbana brasileira passou por grandes reformulações, marcadas pelo fim do Banco Nacional de Habitação (BNH) e pela revisão de suas estratégias, assim, é necessário rever a era Vargas e o período que antecedeu a criação daquele sistema que foi o principal órgão estatal destinado ao financiamento da moradia no País, lançando luzes para a reflexão histórico-jurídico e suas perspectivas futuras de efetivação do direito à moradia pelas políticas públicas no Brasil.” PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, pag. 98.

¹⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Constituição Federal Brasileira.

O direito à moradia encontra-se disposto no Título II da Constituição, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. Mais especificamente no capítulo II, referente aos direitos sociais¹⁵.

Sobre esses direitos, explica Elza Maria Alves Canuto¹⁶:

Os direitos sociais são fundamentais para o homem e são de observância obrigatória em um Estado de Direito que prime por melhorar as condições de vida dos seus cidadãos, em especial dos hipossuficientes, a fim de igualizar socialmente. (...) Os direitos sociais são pressupostos para se alcançar a dignidade humana.

Podemos depreender, através das palavras da supracitada autora, que os direitos sociais, embora não sejam considerados como direito fundamental de pronto, são de suma importância para o correto desenvolvimento de qualquer cidadão brasileiro¹⁷. É notória a ligação próxima entre os referidos direitos e as necessidades fundamentais dos indivíduos.

Antes de dar continuidade ao nosso estudo, importante conceituar o termo “moradia”. Elaine Adelina Pagani¹⁸, assim o descreve:

A moradia é um conceito muito mais amplo e complexo do que o conceito de casa própria, porque a moradia constitui-se num dos fatores determinantes da qualidade de vida da pessoa humana. Toda a pessoa tem a necessidade de uma habitação que lhe proteja das intempéries, chuva, vento, calor e frio, bem como permita um isolamento do meio social como forma de preservar sua intimidade.

Mediante este conceito, verificamos o caráter imperioso do direito à-moradia na vida de qualquer pessoa humana. Acreditamos inclusive, que, antes mesmo do indivíduo estar apto a ter uma boa educação, bem como estar apto a desfrutar de boa saúde, ele precisa ter um lugar para habitar de forma adequada.

¹⁵ Dentre os direitos sociais, acompanhando o direito à moradia, estão a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e, por fim, a assistência aos desamparados.

¹⁶ CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 167.

¹⁷ Neste sentido, discorre Elza Maria Alves Canuto: “Os direitos sociais, abalizados desde o preambulo da Constituição em vigor, estão ligados ao princípio da igualdade e visam garantir melhores condições de vida aos menos favorecidos, a fim de leva-los ou, pelo menos, aproximá-los da igualdade real e, como são fundamentais, o direito à moradia, também, o é.” CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 172-173.

¹⁸ PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, pag. 118.

Por conta disso, há quem considere o direito à moradia como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Dentre eles, o magistral doutrinador, Ingo Sarlet¹⁹:

Além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial.

Não há de se negar que todos os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal são, de certa forma, direitos que decorrem do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²⁰. Entendemos que, sem a possibilidade de acesso a qualquer um daqueles direitos, o cidadão está descoberto de garantias existenciais mínimas para viver no mundo de hoje.

Em relação à chamada “função dúplice” dos direitos fundamentais, discorre Elza Canuto²¹:

Os direitos fundamentais têm de um modo geral, uma função dúplice – negativa e positiva. A feição positiva do direito à moradia está direcionada para a promoção e satisfação das necessidades materiais quanto a um local para morar; a negativa significa a sua proteção contra ingerência externa, seja do Estado, seja da esfera jurídico-privada.

Sabe-se que o advento do direito social à moradia na Constituição Federal, teve como escopo a facilitação e o incentivo ao acesso a habitação àqueles que são menos favorecidos. Ainda, foi uma tentativa de organizar a situação crítica que se

¹⁹ SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wikfgang (coordenadores). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 690-691.

²⁰ Nesta senda, ensina Elaine Pagani: “Nesse sentido, podemos afirmar que o direito à moradia está intimamente relacionado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois, a moradia está intimamente ligada à qualidade de vida do homem e por isso trata-se de um direito elevado à categoria constitucional e revelado em diversas normas da Constituição da República Federativa do Brasil.” PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, pag. 129.

²¹ CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 270.

encontravam as áreas urbanas brasileiras, eis que até então, não existia previsão constitucional que discorresse sobre a questão da moradia²².

O direito à moradia é considerado direito de segunda geração, isto é, quando tem o intuito de proteger a coletividade e não o indivíduo por si só. Diferente do referido direito é aquele que protege o proprietário, já que o direito à propriedade é direito civil, ou seja, direito individual. Por tal motivo, é considerado direito de primeira geração, equiparado a todos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, arrolados da Constituição Federal.

Quanto à natureza jurídica do direito à moradia, na mesma esteira, discorre Elaine Adelina Pagani²³:

O direito à moradia constitui-se em um direito social, encontrando-se sob a égide dos chamados direitos de segunda geração ou dimensão. Os direitos fundamentais, via de regra, podem ser assim considerados quando é clara a titularização do sujeito passivo, e, por outro lado, não restando dúvida de quem seja o correspectivo dever. Nos direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos econômicos e sociais, especificamente tratando-se do Direito à Moradia, o dever da prestação de promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e do saneamento básico é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, conforme preceitua o art. 23, IX da Constituição Federal.

Tais conceitos (propriedade e moradia) diferem pelo fato de que o direito à propriedade pode ser invocado contra todos, enquanto o direito à moradia não possui a mesma força jurídica. É claro que não se pode esquecer que a propriedade, embora se trate de direito individual, deve desempenhar a sua função social, sob pena do proprietário receber penalidade cabível nos termos da lei.

A moradia, por sua vez, é considerada como direito social na Constituição Federal Brasileira, entretanto, na nossa ótica, imperiosa a análise mais minuciosa do

²² Elaine Adelina Pagani refere sobre o advento da Emenda nº 26: “A emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 foi promulgada em meio a um contexto social de aumento descontrolado da densidade demográfica nos grandes centros urbanos marcado pelo déficit habitacional, falta de saneamento básico, inadequado sistema de educação e de saúde pública onde os personagens desse quadro são formados pelos cidadãos socialmente excluídos. A situação crítica das áreas urbanas brasileiras com a falta de previsão constitucional para a questão dos assentamentos urbanos, frente à Agente Habitat II exigiu, em caráter emergencial uma Emenda Constitucional para incluir o direito à moradia entre os direitos sociais”. PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, pag. 122-123.

²³ PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, pag. 122-123.

caso, tendo em vista que não nos parece ser tão somente um direito social, mas mais do que tudo, um direito individual e fundamental de todos os cidadãos.

2.2.1 A moradia do fiador como integrante dos direitos sociais

No caso do presente trabalho de pesquisa, há que se mencionar também a violação ao direito de propriedade do fiador, que se vê privado de um bem adquirido pelos esforços familiares, para adimplir dívida alheia.

Atualmente, existe discussão acerca da fundamentalidade do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, em sua maioria, a doutrina e a jurisprudência já tem reconhecido o referido como direito fundamental da pessoa humana. Ingo Sarlet²⁴, assim entende:

Assim, o que se está a enfatizar, ao fim e ao cabo, é a direta vinculação – embora não uma identificação absoluta – do direito à moradia com a assim designada garantia (e direito) a um mínimo existencial, bem como com o que se tem inclusive (a depender das circunstâncias) do direito de propriedade, assim como do direito à propriedade.

Dentre os doutrinadores que se posicionam a favor da penhorabilidade do bem de família, se encontra Ana Marta Zilveti²⁵, que discorda da aplicação do direito à moradia como fundamento para revogação do artigo que permite a penhorabilidade do imóvel do fiador.

A autora afirma, em sua obra sobre o bem de família, que se a aplicação do direito à moradia fosse levada ao extremo, todos os demais incisos que excetam os casos de impenhorabilidade do bem de família seriam inconstitucionais. E mais, acrescenta que se inconstitucional fosse, os proprietários não mais poderiam alienar seus imóveis se o objetivo não fosse a compra de outro.

Ocorre que, divergindo da brilhante doutrinadora, entendemos que os demais casos elencados no artigo 3º da Lei 8.009/90 atingem de pronto o devedor principal

²⁴ SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wikfgang (coordenadores). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 697.

²⁵ “Mas, não se deve, em nome do direito à moradia, impedir toda e qualquer ação dos credores contra o patrimônio do devedor. Pelo mesmo raciocínio, levado a extremos, deveria o proprietário então ser proibido de hipotecar sua residência ou até mesmo de aliená-la, salvo se fosse para compra de outro imóvel residencial, para que assim se possa salvaguardar perenemente o seu direito à moradia. Todas as demais exceções à impenhorabilidade constantes no art. 3º da Lei 8.009/90 seriam igualmente inconstitucionais, por ferir direito à moradia.” ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. Bem de Família. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pag. 298.

da obrigação, diferentemente do que acontece na obrigação do fiador, que, em que pese eventual solidariedade, não é o devedor originário da dívida.

Ainda sobre o direito à moradia, importante salientar que após a sua inserção na Constituição Federal acabou por gerar inúmeras demandas judiciais invocando tal direito para tentativa de obterem uma moradia digna.

Neste sentido, discorreu Ingo Sarlet²⁶:

Por outro lado, feitas algumas considerações sobre a trajetória que teve como resultado a inserção do direito à moradia no art. 6º da CF, percebe-se que além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado “estatuto da cidade” – ocorreu um incremento significativo do número de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia na sua condição de direito fundamental social. Se parece incensurável a afirmação de que após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a não ser mais possível refutar a condição do direito à moradia como direito de matriz constitucional, de tal sorte que cogente (pelo menos assim o deveria ser!) a consideração das consequências jurídicas de tal reconhecimento, tal não significa dizer que a respeito de tais consequências jurídicas não existam uma séria de controvérsias, que principiam pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, alcançando, inclusive, o debate em torno do seu conteúdo e significado, especialmente, contudo, no que diz com sua possível eficácia e efetividade.

O mesmo autor²⁷ afirma em relação a recente decisão do STF (Recurso Extraordinário nº 407.688-8) sobre a possibilidade da penhora do imóvel residencial do fiador, bem como o direito à moradia:

Seguindo já outra linha de raciocínio – não diretamente afeta ao problema do mercado locatício -, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo chancelando a incapacidade civil do fiador!) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos

²⁶ SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wikfgang (coordenadores). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal I: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 692.

²⁷ SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wikfgang (coordenadores). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 715.

à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais.

Por fim, convém salientar que, independente de onde se coloca o direito à moradia, se como direito fundamental, ou não, inegável concluir que o fiador, assim como qualquer outro cidadão brasileiro, não pode ter o seu direito desconsiderado em face de obrigação a que, em princípio, não deu causa.

Inclusive, antes da conclusão do presente capítulo, se faz imperiosa a menção do entendimento de Arnaldo Rizzardo²⁸ sobre o caso:

Acontece que, com a penhorabilidade, há a violação do direito fundamental da moradia, levando a se entender a inconstitucionalidade do inc. VII, acrescentado pela Lei nº 8.245 ao art. 3º da Lei 8.009/90, referente à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Estaria a inconstitucionalidade na ofensa ao art. 6º da Constituição Federal, em redação da Emenda Constitucional nº26/2000, que assegura como direito social a moradia.

É fato que o fiador necessita consentir para afiançar ou não contrato de locação, e mediante consentimento positivo, se compromete a garantir a dívida do locatário, em caso de inadimplemento. Entretanto, não entendemos como justa a possibilidade de violação do bem de família do fiador, enquanto o devedor principal mantém sua moradia intacta.

Diante de tantas peculiaridades advindas do contrato de fiança, entendemos por bem reservar o capítulo subsequente para desvendarmos o referido instituto, bem como seus desdobramentos, de forma mais aprofundada.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 562.

3 DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

3.1 A fiança como garantia locatícia

3.1.1 Conceito e natureza jurídica da fiança

O conceito básico de fiança é: alguém que se compromete a garantir um débito - perante um credor - pela qual responderá subsidiariamente ou solidariamente (conforme o caso) com o devedor principal em caso de inadimplemento.

Silvio Rodrigues²⁹ conceitua o contrato de fiança da seguinte forma:

Como elemento de garantia a fiança vem aumentar as possibilidades, com que conta o credor, de receber a dívida. Pois, se o devedor não resgatar o débito e seu patrimônio for escasso para assegurar a execução, pode o credor voltar-se contra o fiador, reclamar-lhe o pagamento e executar seus bens, para assim se cobrar.

A fiança é a garantia dada ao credor de que sua dívida será paga, independentemente se o devedor principal tiver ou não condições de adimpli-la. Ocorre de maneira constante dentro dos contratos de locação, eis que por se tratar de contrato de trato sucessivo, a possibilidade de descumprimento do contrato em algum momento é maior do que nos contratos de execução diferida, por exemplo, onde o pagamento é feito de uma vez só.

Paulo Nader³⁰ discorre sobre a relação jurídica existente no contrato de fiança:

No contrato de fiança a relação jurídica se estabelece entre *credor*, que é o destinatário da garantia, e o *fiador* – garante da obrigação. O devedor não é parte contratual, podendo a convenção de fiança realizar-se com o seu desconhecimento ou até mesmo contra a sua vontade. O credor participa de dois contratos: do principal, com o devedor (e afiançado), e do acessório, com o fiador.

O contrato de fiança é originalmente um contrato acessório³¹, ou seja, não existe na falta de um contrato principal. Isso porque, cumprida ou extinta a obrigação

²⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. v.3. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 355.

³⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 424.

³¹ Neste sentido, relata Paulo Nader: "Espécie do gênero caução e garantia, a fiança é um contrato acessório, umbilicalmente vinculado a um principal. Assim, no caso de nulidade do contrato principal,

do contrato principal, gera como consequência a perda do objeto do contrato de fiança, isto é, de garantir o cumprimento do contrato principal.

Veja-se que quando se fala do contrato de locação, rescindido o contrato ou até mesmo concluído o seu tempo de vigência sem a respectiva renovação, ficam ausentes os motivos para o contrato de fiança permanecer válido e eficaz no mundo dos negócios jurídicos, não restando alternativa senão a sua extinção.

Por outro lado, se a locação for renovada, mediante anuência do fiador, este permanecera garantindo o contrato até a desocupação do imóvel e sua respectiva entrega de chaves. Tal questão, inclusive, é constantemente utilizada como defesa do fiador em processos de cobrança.

O fiador, em regra, não responde pelas obrigações aditadas nos contratos. Isso tudo, conforme Súmula 214 do STJ que assim dispõe: “*O fiador não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu*”.

Com base na referida Súmula, se exige um contrato de aditamento, devidamente firmado pelo fiador, para que assim este esteja ciente da renovação por tempo indeterminado do contrato, permanecendo como garantidor contratual sem nenhum vício.

Atribui-se esta condição a renovação da responsabilidade do fiador, porque a fiança é um contrato acessório, não admitindo interpretação extensiva a suas cláusulas originais.

Arnoldo Wald³², assim conceitua o contrato de fiança:

Ocorre fiança quando alguém se obriga a pagar dívida alheia, acrescentando o art. 818 do novo Código Civil, seguindo o já disposto no art. 1.481 do Código de 1916, que a execução do fiador depende do inadimplemento do afiançado. Na realidade, os elementos essenciais da fiança são a existência de uma obrigação

ipso facto o de fiança será nulo. É a chamada *lei da gravitação jurídica* (*accessorium sequitur suum principale = o acessório segue o principal*). Em caso de nulidade da fiança, a validade do contrato principal não será afetada. Poderá, sim, o devedor ser obrigado a prestar nova fiança, caso esta seja uma condição do contrato básico.” NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 426. Ainda sobre esta questão, refere Silvio Rodrigues: “É contrato *acessório* porque não se concebe sua existência sem um contrato principal, cujo cumprimento a fiança visa assegurar. Verdade que a fiança pode ser contratada em instrumento autônomo, mas mesmo neste caso ela se refere a uma obrigação principal, cujo pagamento garante. (...) Ainda por esta razão, a fiança pode ser de valor inferior a contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal. Mas não se compreende que seja de valor superior ou mais onerosa do que a dívida afiançada, porque o acessório não pode exceder o principal”. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. v.3. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 356.

³² WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 633.

principal válida (obrigação do afiançado) e de uma obrigação acessória com caráter de garantia.

O contrato de fiança é, também, em regra, um contrato unilateral, ou seja, produz obrigações tão somente para o fiador, eis que o devedor principal, ou afiançado, não tem em princípio nenhuma obrigação em relação ao garantidor³³.

Outra importante característica do contrato de fiança é que ele é personalíssimo, ou seja, com a morte do locatário, a fiança não segue aos sucessores. Isso porque, tendo em vista a relação de confiança natural que deve existir entre fiador e afiançado, não se pode exigir que o garantidor seja obrigado a permanecer afiançando os herdeiros do locatário.

O contrato de fiança é gratuito³⁴, isto é, não possui absolutamente nenhuma vantagem, senão a eterna gratidão do afiançado, para garantir o contrato por ele entabulado.

Todavia, há autores que entendam que exista onerosidade em alguns contratos de fiança, porém mais especificamente em contratos bancários, fugindo desta forma, do tema do nosso trabalho de pesquisa. Até porque, se o devedor principal não tem condições de arcar com os custos do contrato locatício, certamente não terá como pagar facilmente ao fiador pela garantia prestada.

Não há como negar que o maior problema que atinge os contratos de locação, e da mesma forma, a maior causa de rescisão dos mesmos é o inadimplemento do aluguel por parte do locatário, tornando-o devedor da obrigação locatícia que lhe cabia.

Por este motivo, torna-se imperioso que o locador esteja cercado de uma garantia que possa oferecer-lhe a segurança necessária para os casos de descumprimento contratual. Isso porque, no caso do devedor não possuir condições

³³ Nesta senda, discorre Carlos Roberto Gonçalves: “A fiança é contrato *unilateral*, porque gera obrigações, depois de ultimado, unicamente para o fiador.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v.3. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 526. Maria Helena Diniz, por sua vez, assim ensina sobre a questão da unilateralidade: “A fiança convencional apresenta as seguintes características jurídicas: (...) *Unilateralidade*, pois apenas gera obrigações para o fiador, em relação ao credor, que só terá vantagem, não assumindo nenhum compromisso em relação ao fiador”. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3. 19.ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-2-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 511.

³⁴ Neste sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves: “A *gratuidade* é uma das características da fiança, porque o fiador, em regra, auxilia o afiançado de favor, nada recebendo em troca. Mas pode a avença assumir caráter *oneroso*, quando o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada, como acontece comumente no caso das fianças bancárias e mercantis e até mesmo entre particulares, como se verifica nos anúncios publicados nos jornais.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v.3. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 527.

de arcar com a dívida, o credor terá outro caminho para ver-se satisfeito por seu crédito.

Ressaltamos ainda, o disposto no parágrafo único do artigo 37 do Código Civil, “*É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação*”. Tal dispositivo foi criado como forma de equilíbrio entre as partes contratantes, tendo em vista que a onerosidade do contrato para o locatário restaria por inviabilizar a realização do pacto.

Em que pese o advento do seguro fiança através do artigo 31 da Lei 6.649, onde se estabelece um compromisso de que a seguradora realizará os pagamentos em caso de inadimplemento pelo locatário, a fiança, pura e simples, continua sendo a garantia mais utilizada quando se fala em contrato de locação.

Importante se faz ratificar que a fiança, em sua maioria, é uma garantia dada a título gratuito, isto é, baseada na confiança entre o locatário e o fiador. Até porque, também na grande parte dos casos, o fiador é um parente ou um amigo muito próximo.

Assim, algo que parecia um gesto de amizade pode vir a se tornar o motivo da discórdia. Entretanto, não se pode negar que a fiança não é e nem nunca foi um instituto imposto a ninguém.

A manifestação de vontade por parte do fiador no momento em que o mesmo compromete-se a garantir a dívida do devedor principal é absolutamente facultativa e espontânea. Inclusive, cabe a ele analisar previamente de que forma será sua responsabilidade perante o contrato.

Sobre o referido tópico, decidimos por discorrer mais densamente, devido a importância para o tema pretendido. Diante disso, passamos para o subcapítulo que segue.

3.2 As formas de responsabilidade do fiador

Existem duas situações em que o fiador pode estar vinculado junto ao contrato de locação. A um, de forma subsidiária, forma esta que é tratada como regra geral nos contratos³⁵. A dois, existe a forma de responsabilidade solidária³⁶,

³⁵ Neste sentido, Paulo Nader refere: “Como, por princípio geral, a responsabilidade do fiador é subsidiária, o credor somente pode exigir o adimplemento do garante quando o devedor não cumprir a obrigação. Embora o devedor-afiançado não seja parte no contrato de fiança, nele figura como

onde o fiador responde pela dívida da mesma forma e no mesmo momento que o devedor principal.

Acreditamos por bem dar início a este subtítulo, transcrevendo uma frase escrita por Maria Helena Diniz³⁷ em seu Curso de Direito Civil:

O contrato de fiança será *intuito personae* relativamente ao fiador, porque a sua celebração será imprescindível a confiança que inspirar ao credor. O fiador terá responsabilidade pelo débito alheio.

A autora define bem quando refere que o fiador passa a ter responsabilidade por débito alheio, motivo pelo qual, entendemos que deve haver um limite nesta responsabilização quando se fala na parte executória da dívida. O débito é alheio, por isso parte-se do pressuposto que o fiador não pode responder de forma mais onerosa do que o devedor principal, todavia, não é assim que a lei determina.

Isso porque, conforme já explanado, diante de cobrança por dívidas condominiais, o exequente pode requerer a penhora de todos os bens do devedor principal, exceto seu bem de família que se encontra protegido pela impenhorabilidade. Porém, injustamente, tal benefício não se estende ao garantidor do contrato, que pode ter seu único bem de família penhorado para quitação de eventual dívida.

Orlando Gomes³⁸, assim entende sobre as responsabilidades das partes no contrato de fiança:

elemento necessário, pois a sua obrigação é objeto da garantia.” NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 424-425. Ainda sobre a subsidiariedade, dispõe Maria Helena Diniz: “A fiança convencional apresenta as seguintes *características jurídicas*: (...) *Subsidiariedade*, pois devido ao seu caráter acessório, o fiador só se obrigará se o devedor principal ou afiançado não cumprir a prestação devida, ao menos que se tenha estipulado solidariedade. Nessa hipótese, assumirá a posição de co-devedor, sem que isso desfigure a fiança.” DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3. 19.ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-2-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 511.

³⁶ Sobre o tema, dispõe Carlos Roberto Gonçalves: “Presume-se, pois, que os co-fiadores são solidários, admitindo-se, porém, que se ilida a presunção pela estipulação contrária. Nesta caso, cada um responderá *pro rata*. Se não houver especificação da parte da dívida que cada qual garante, pode o credor, em caso de inadimplência do devedor principal, exigir de um, de alguns, ou de todos, os fiadores o total da dívida.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v.3. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 534. Definindo o vocábulo solidariedade, Orlando Gomes assim refere: “Na acepção vulgar, o vocábulo *solidariedade* encerra um sentido de fraternidade, pois implica o ato de colocar-se, intencionalmente, ao lado de alguém, a fim de partilhar o seu momento psicológico e dividir as suas apreensões e expectativas.” GOMES, Orlando. Obrigações. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pag. 165.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3. 19.ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-2-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 510.

O contrato de fiança trava-se entre *fiador* e o *credor* do afiançado. Sua natureza é a de contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal. Por outras palavras, a *obrigação fidejussória* só se torna exigível se a *obrigação principal* não for cumprida. Contudo, tal sucessividade não é de essência do contrato de fiança. Podem os interessados eliminá-la, estipulando a *solidariedade* entre *fiador* e o *afiançado*, como, de regra, se procede na prática.

Denota-se no explanado pelo autor, que, em regra, o contrato de fiança fica condicionado ao inadimplemento da obrigação principal no contrato de locação, para em um segundo momento ser chamado ao processo como responsável da dívida. Porém, cada vez mais a solidariedade tem imperado nos contratos de locação, garantindo o locatário de maneira mais ampla, porém mais prejudicial ao fiador.

Isso nos leva a crer, que na maioria das vezes, os fiadores, confiam “de olhos fechados” no afiançado, sequer entendendo direito a posição que lhes passa a ser exigida com a assinatura do contrato, isto é, de que no caso de inadimplemento, será exigido não só tanto quanto o devedor principal, mas ainda mais.

A seguir, faremos uma breve análise sobre os referidos tipos de responsabilidades, demonstrando a forma de obrigação a que o fiador pode vir a se comprometer com o inadimplemento da dívida por parte do devedor principal da obrigação.

Em primeiro, analisaremos a responsabilidade subsidiária, que ocorre quando depois de esgotadas as tentativas de cobrança em detrimento de um devedor principal, aquele que foi responsabilizado de forma secundária, fica disponível para ser executado como forma de garantir o valor inadimplido.

Por outro lado, a responsabilidade solidária trata-se de obrigação que pode ser cumprida por qualquer um dos obrigados em sua totalidade, independentemente de quem é o devedor principal do débito.

Neste sentido, explica Silvio de Salvo Venosa³⁹:

A obrigação é solidária quando a totalidade de seu objeto pode ser reclamada por qualquer dos credores ou a qualquer dos devedores. Como se vê, pode ocorrer a solidariedade de credores (ativa) e a solidariedade de devedores (passiva), que é mais útil e mais comum.

³⁸ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 536-537.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Lei de Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010 – pag. 29.

Diferente do que muitos pensam, a fiança é, em princípio, uma obrigação subsidiária, e não solidária. Só se tornará solidária se houver cláusula expressa no contrato de garantia que confirme a solidariedade entre devedor principal e fiador⁴⁰.

Também fica limitada a responsabilidade do fiador por obrigações pelas quais não anuiu, conforme já referimos no subcapítulo sobre o conceito e a natureza jurídica da fiança.

Neste sentido, a lição de Arnaldo Rizzardo⁴¹:

Perduram-se as garantias até a efetiva devolução do imóvel, mesmo que prorrogado o contrato, passando a vigor por prazo indeterminado, na previsão do art. 39, conforme acréscimo trazido pela Lei nº 12.112: “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”. Há, pois, regra específica sobre a perduração das garantias, sendo que, antes da Lei nº 12.112, imperava controvérsia sobre a permanência ou não das garantias no caso de renovação. Havia quem defendia que, se a desocupação não se efetivava ao vencimento do prazo assinalado no contrato em que veio instituída a garantia, desaparecia a garantia. Outra corrente, que foi tomando corpo, propugnava pela permanência, não importando o consentimento do garantidor com a prorrogação. Isso se estendeu até a edição da Súmula 214, do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Deste modo, o fiador somente permaneceria responsável pelos débitos do contrato se houvesse anuído expressamente no aditamento.

⁴⁰ Sobre o tema, discorre Silvio Venosa: “A solidariedade, em sede de direito civil entre nós, não se presume. Só pode decorrer da lei ou da vontade das partes de acordo com o art. 265 (antigo, art. 896) do Código Civil. Tanto na lei atual das locações como na anterior, o legislador houve por bem estabelecer a solidariedade tanto da parte de locadores quando da parte de locatários plurais. Impera, portanto, a solidariedade na locação, no silêncio das partes. Podem, contudo, os interessados abrir mão dessa solidariedade, pois a lei expressamente autoriza. Se os contratantes não desejarem a solidariedade legal, devem dizê-lo expressamente, do contrário resultará da própria natureza do contrato de locação, por força de lei”. VENOSA, Silvio de Salvo. Lei de Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010 – pag. 29. Ainda sobre esta questão, ensina Arnaldo Wald: “O problema da existência de uma solidariedade simultânea ou sucessiva entre o fiador e o afiançado se resolve pela presunção *juris tantum* de sucessão, quer dizer, da exigência do pagamento em primeiro lugar, do devedor principal e, em seguida, do fiador (art. 827 do novo Código Civil), nada impedindo, todavia, que, por convenção, as partes estabeleçam que o fiador é devedor solidário”. WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 633.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 556-557.

Verifica-se que o fiador fica adstrito a responsabilização pelas obrigações pela qual anuiu, restando exonerado daquilo que foi acordado entre locador e locatário sem a sua devida autorização.

Importante referirmos que mesmo sendo o fiador único, este pode garantir tão somente parte da dívida, consoante disposto no artigo 823 do Código Civil, entretanto tal medida não é usualmente tomada nos casos de contratos locatícios⁴².

A fiança obriga o fiador de uma forma, ou de outra, já que a obrigatoriedade de sua prestação, no caso de inadimplemento, encontra-se na própria natureza jurídica do contrato. Ocorre que, a responsabilização do fiador é praticamente ilimitada após sua chamada para cumprimento do débito, eis que este responderá pela dívida, inclusive com seu bem de família.

Ilimitada para o fiador, porém, limitada ao devedor principal, tendo em vista que o devedor principal tem resguardado o seu direito a impenhorabilidade do seu bem de família. Parece-nos injusto e inconstitucional frente aos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal brasileira, principalmente ao princípio da igualdade.

Seguiremos a explanação até chegarmos a este ponto, mais especificamente, no terceiro capítulo.

3.3 Os limites do direito creditório

O direito ao crédito nasce em decorrência de obrigações estabelecidas entre partes. Tanto é assim, que o conhecido Direito das Obrigações é também chamado de Direitos de Crédito.

Orlando Gomes, refere sobre tal conceito⁴³:

A obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal.

*Na sua definição, tem-se levado em conta, preferentemente, o lado passivo, que se designa pelo termo *obrigação* ou, mais à justa, *dívida*. Vista, porém, do lado ativo, chama-se de *crédito*. O acento pode recair tanto no *direito* como no *dever*. Em consequência, a*

⁴² Nesta senda, discorre Carlos Roberto Gonçalves: “Assim como o fiador único pode limitar a garantia a uma parte da dívida somente (CC, art. 823), admite-se, também, sendo vários os garantes, que cada qual especifique, no contrato, a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, e, neste caso, ‘*não será por mais obrigado*’ (CC, art. 830).” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.3. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 534.

⁴³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pag. 15.

parte do Direito Civil que se ocupa dessa relação jurídica, conhecida tradicionalmente como *Direito das Obrigações*, também admite a denominação *Direitos de Crédito*.

No contrato de locação, as obrigações, em princípio, são assumidas entre locador e locatário, porém, este último tem obrigação de prestar garantia no contrato, surgindo então, na maioria das vezes, a figura do fiador. O fiador se compromete como vimos anteriormente, de maneira subsidiária ou solidária, conforme determinação contratual.

Se o locatário descumpre suas obrigações, inadimplindo o contrato de locação, o locador fica habilitado a proceder a execução dos valores não pagos em desfavor do devedor principal. Inexistindo pagamento, ou bens por parte do devedor principal, passa-se automaticamente a executar o fiador. No caso de solidariedade, desnecessário inclusive que se execute o devedor principal antes, podendo ser executado o fiador concomitantemente e ilimitadamente com todo seu patrimônio.

Orlando Gomes⁴⁴, segue na sua explanação:

O objeto do *direito de crédito* é a *prestação*, isto é, a *ação* ou *omissão* da parte vinculada, mas, por abreviação, costuma-se dizer que a coisa a ser entregue ou o fato a ser prestado constituem-no. O *conteúdo* compreende o poder de exigir, do credor, e a necessidade jurídica de satisfazer, do devedor.

O credor nos contratos locatícios tem como obrigação principal repassar o imóvel para o locatário de forma que este possa dele usufruir e gozar dentro dos limites legais. O locatário, por sua vez, tem como obrigação principal o adimplemento de valor anteriormente estabelecido, de maneira sucessiva, para sua manutenção no imóvel.

Sobre o adimplemento, Orlando Gomes⁴⁵ assim define:

Nascem as obrigações para ser cumpridas, mas, no exato momento em que se cumpre, extinguem-se. O *adimplemento* é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional. Por isso, constitui matéria que se aprecia, ou ordena, comumente no capítulo relativo à *extinção das obrigações*.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pag. 16.

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pag. 105.

No momento em que o locatário/devedor passa a ser inadimplente, isto significa que ele descumpriu sua obrigação na relação jurídica, violando conseqüentemente, o direito de crédito do credor/locatário. O débito passa a ser exigível pelo credor. No caso do contrato de locação, como há necessidade de garantir o contrato (fiança, seguro-fiança, caução), o locador pode tentar o adimplemento das obrigações do devedor através da execução da garantia, como já mencionado anteriormente.

O fiador, ao se vincular ao contrato de locação como garantidor, obriga-se a garantir o pagamento da dívida no caso de inadimplemento. Tanto se obriga que, de acordo com a legislação, põe à disposição do locador o seu patrimônio mais valioso - o bem de família.

Conforme mencionado, o bem de família do fiador não é alçado pelo direito de impenhorabilidade, já que se encontra situado como exceção ao referido preceito na lei do bem de família (8.009/90).

Ainda cientes de que o direito ao crédito é importantíssimo para o bem estar da sociedade, não se pode esquecer que o direito à propriedade permanece sendo um direito fundamental entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso, XXII da Constituição Federal.

Em um país onde os cidadãos já encontram dificuldades suficientes diante da desigualdade social, não nos parece justo que uma figura secundária, como o fiador, sofra ao ponto de perder seu patrimônio mais importante, qual seja, sua única residência.

Esta questão está situada dentre os maiores motivos que estimulam os operadores do direito a permanecerem discutindo copiosamente a questão da inconstitucionalidade do dispositivo legal que exclui o fiador do abrigo da impenhorabilidade do bem de família. Isso porque, se esta diante de caso onde se faz necessária a sobreposição de direitos (direito ao crédito e direito à moradia), onde nos parece que o direito a ter um lugar para morar se sobrepõe a direito de receber um crédito.

Diante disto, cremos que deve existir um limite para possibilidade de cobrança do crédito, isto é, não pode uma parte ser muito onerada em detrimento da outra. Concordamos também, que o credor não pode ser prejudicado ao ponto de não receber o valor que lhe é devido, mas também acreditamos que deve haver um

limite no patrimônio de cada parte, na proporção de sua participação do negócio jurídico.

No caso do presente trabalho de pesquisa, a análise se faz sobre o princípio da proporcionalidade, ou seja, as obrigações devem se mostrar proporcionais perante os princípios fundamentais da Constituição Federal.

Por fim, Arnoldo Wald⁴⁶ assim refere:

A obrigação tem um fim primário: a prestação; e um fim secundário: sujeitar o patrimônio do devedor que não a satisfaz. O dever de prestar surge do débito; a ação judicial sobre o patrimônio surge da responsabilidade ou da garantia.

Em que pese o corretamente mencionado por Arnoldo Wald, no sentido que a ação judicial para cumprimento de obrigação pode se voltar contra o devedor principal e também em desfavor do garantidor, não nos parece proporcional que o fiador esteja apto a dar em garantia todo seu patrimônio, enquanto o devedor principal, ou seja, aquele que se obrigou em princípio possui limites quando da execução.

Por isso, entendemos que deve haver proporcionalidade nas decisões quando se tratam de direitos que possuam significados tão distintos, ou seja, o do direito ao crédito e o do direito à moradia ou à propriedade. Justificada está a escolha do tema para o capítulo final da presente pesquisa: o princípio da proporcionalidade.

⁴⁶ WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 7.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA POR EXCELÊNCIA NO DESLINDE DAS QUESTÕES RELATIVAS À (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

4.1 O princípio da proporcionalidade e seus conceitos

O princípio da proporcionalidade, ou também conhecido como princípio da razoabilidade, como o próprio nome diz, refere-se a uma tentativa de ponderar da maneira mais justa possível, as normas e princípios jurídicos em relação aos casos concretos.

Antes de darmos início a conceitos jurídicos propriamente ditos, entendemos por bem definir etimologicamente algumas palavras, tais como: Razoabilidade: “Qualidade ou caráter de razoável”. Razoável: “(...) Justo, legítimo (...) Ponderado, sensato”⁴⁷.

Quando se fala em um acontecimento tão complexo como a penhora de um bem de família em detrimento de um mercado imobiliário em plena crise, invariavelmente se faz necessário o uso da razoabilidade. Entendemos por bem trazer a baila o princípio da proporcionalidade, por entender ser este o mais correto para aplicação no caso tema do presente trabalho de pesquisa.

Inicialmente, desmembraremos o princípio da proporcionalidade, que assim se subdivide: princípio da adequação, princípio da necessidade e, por fim, princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

Embora não previsto expressamente dentro da Carta Magna, o referido princípio tem extrema importância dentro do cenário jurídico brasileiro.

A seguir, examinaremos os desdobramentos do princípio da proporcionalidade.

4.1.1 O princípio da adequação

A um, temos o subprincípio da adequação. Este tem como base o fato de que a norma deve ser adequada, não bastando ser exigível perante os indivíduos. Tal princípio tem grande importância para o desenvolvimento do nosso tema, eis que a

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, pag. 1.190.

possibilidade da penhora do bem do fiador, não nos parece uma norma adequada para o nosso sistema jurídico e social atual.

Isso porque, a norma acaba por onerar consideravelmente o garantidor em detrimento do devedor principal, já que o fiador poderá ter seu bem de família penhorado, enquanto o locatário, originador da dívida, tem a segurança de não perder a casa onde reside.

Nesta senda, entende Suzana de Toledo Barros⁴⁸:

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerado inconstitucional.

Não só o direito à moradia, como também o direito fundamental à propriedade, são violados quando adotada como medida executória a penhora do bem de família do fiador. Desta forma, inviável que se considere tal medida, como meio idôneo para fins de quitação da dívida contraída pelo locatário.

A despeito do direito de regresso que o fiador tem contra o devedor principal, independente se sua responsabilidade for subsidiária ou solidária, sabe-se que na maioria das vezes, se o locatário não tem condições de arcar com a dívida locatícia, inviável que esteja apto a quitar seu débito com o garantidor.

Ademais, o que nos parece mais estranho, é que em caso de ação de regresso do fiador contra o devedor principal, aquele não está apto a requerer a penhora do bem de família deste, ficando com seu crédito prejudicado se o único bem do devedor for sua residência.

Isso significa que o procedimento processual é infinitamente mais desfavorável ao fiador, e por consequência, inadequado, tanto no processo de cobrança da dívida locatícia, quanto na própria ação de regresso do garantidor em desfavor do locatário devedor, eis que este último tem garantido o imóvel que serve de residência a sua entidade familiar.

⁴⁸ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pag. 74.

Em relação ao primeiro subprincípio, já vimos que há evidente violação quando se fala da penhorabilidade do bem de família do fiador. Assim, passemos a análise do segundo: o princípio da necessidade.

4.1.2 O princípio da necessidade

O princípio da necessidade é também conhecido como princípio da intervenção mínima ou ainda princípio da exigibilidade.

Suzana Barros⁴⁹, assim ensina sobre o referido princípio:

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualdade eficaz, mas menos gravosa. (...) Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – meio mais idôneo. Segue-se não se poder formar um juízo de exigência da providência legislativa restritiva, se não se recorrer à ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido.

Diante do supracitado, podemos concluir que a penhora do bem de família do fiador, serve como garantia do direito creditício do locador, porém é notório que para garantir tal direito, necessário se faz a violação do direito à moradia do fiador, e mais, do seu direito fundamental a propriedade.

O referido princípio tem como escopo a busca pelo meio menos oneroso, ou seja, esgotando todas as formas mais benévolas de execução, para por último exercer a medida mais onerosa (penhora do bem de família).

No caso em tela, o magistrado, bem como os operadores do direito devem ter como princípio basilar o fato de que se deve tentar o adimplemento das obrigações devidas por meio de dinheiro, em espécie ou por meio de penhora *on-line*, bens móveis em geral, ou mesmo de veículos, antes de chegar ao bem de família do garantidor.

Isso porque, diante do artigo 475, I, do CPC⁵⁰, quem indica os bens a penhora é o credor, diferentemente do que acontecia antes da alteração do capítulo referente

⁴⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pag. 76-77.

às Execuções no ano de 2005⁵¹, onde o devedor que realizava a indicação dos bens passíveis de penhora.

O grande problema é que, em regra, a dívida locatícia é tão grande que nenhum destes bens consegue quitar por completo o débito, sobrando tão somente o bem mais valioso (em todos os sentidos) para concretização da penhora.

4.1.3 O princípio da proporcionalidade *stricto sensu*

Por fim, trazemos o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, que tem por objetivo principal a realização de um juízo de ponderação, de forma a aferir se os meios empregados no processo são proporcionais ou não em relação à finalidade atingida.

Este subtítulo, inclusive, nos remete a um tópico já analisado neste trabalho, isto é, o dos limites do direito creditício. Isso porque, deve-se realizar uma análise das possibilidades jurídicas perante o caso concreto, ou seja, se o fato do fiador ficar sem ter onde morar é proporcional ao direito do credor a ter seu crédito devidamente satisfeito.

Sobre o referido subprincípio, novamente citamos Suzana Barros⁵², que analisa brilhantemente tal tópico:

Assim, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada. Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo, quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

⁵⁰ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. (...) § 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. Código de Processo Civil.

⁵¹ Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005.

⁵² BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pag. 80.

A autora supracitada menciona uma expressão de suma importância para o nosso trabalho: “ônus demasiado”. Isso significa que o magistrado, mesmo que entenda como presentes os princípios da adequação e da necessidade, não pode permitir que uma parte seja demasiadamente onerada em detrimento de outra.

No caso em tela, não só o fiador acaba por ser muito mais onerado, como não podemos esquecer que ele sequer se aproveita da relação a que garante, ou seja, ele não faz uso do bem a que presta garantia, não podendo desta forma, ser prejudicado de maneira tão significativa.

Hoje, a legislação parece não só prejudicar o fiador, como também favorecer o locatário/devedor, já que este último tem a possibilidade jurídica e legal de eximir-se totalmente de uma dívida que contraiu sozinho, sem vantagem ou aproveitamento por parte do garantidor.

Em regra, o locador, ainda que credor de uma dívida, não se encontra em situação tão caótica como a que fica o fiador em caso de penhora de seu bem de família, tendo em vista que partimos do pressuposto que fora a sua residência, o locador ainda possui um outro imóvel para lhe trazer renda.

Neste momento, entendemos por bem trazer a transcrição do entendimento de Arnaldo Rizzardo⁵³, quando se fala na penhora do bem de família do fiador:

Há uma evolução do conceito de propriedade do bem de família. Não se restringe unicamente ao destinado para a residência do casal que prestou fiança, mas para a residência do conjunto familiar. De sorte que, embora impedida a invocação pelo fiador, nada impede que outros membros da família suscitem a impenhorabilidade. É que a propriedade tem uma função eminentemente social, constituindo, na prática, patrimônio do conjunto familiar, e não apenas do titular da propriedade.

Conforme o acima colacionado, não se pode esquecer que além do fiador, existem outras pessoas que saem profundamente prejudicadas no caso da penhora do bem de família, isto é, todos os demais habitantes do conjunto familiar. Parece-nos injusto que uma garantia contratual tenha tamanha força ao ponto de submeter uma família inteira a ver-se “jogada na rua” como forma de pagamento de dívida que sequer foi por eles contraída.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 562.

O tema do presente trabalho é um caso típico de necessidade de ponderação de valores. Isso porque, se está diante de várias normas em confronto, como por exemplo, o direito ao crédito em detrimento do direito à moradia.

Necessário se faz, ponderar qual o direito deve prevalecer, como forma de diminuir ao máximo as desigualdades existentes no Brasil atualmente. O princípio da proporcionalidade tem como escopo a solução de conflitos legislativos, caso em que se encaixa a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

Além de proporcional, a decisão deve ser coberta pelo princípio constitucional da igualdade, eis que se trata de direito fundamental elencado no artigo 5º junto aos direitos e deveres individuais e coletivos. Por isso, entendemos por bem realizar uma breve análise do referido tópico.

4.2 O princípio da igualdade entre devedor principal e fiador

Hoje, como está prevista, nos parece que a legislação viola o princípio da igualdade quando se fala na relação entre devedor principal e fiador. Isso porque, só pelo fato do bem de família do fiador poder ser penhorado, enquanto o do devedor principal fica resguardado pelo princípio da impenhorabilidade, denota-se que o garantidor resta muito mais onerado do que o locatário.

Nelson Nery Jr.⁵⁴ em sua respeitada Constituição Federal comentada assim refere:

A igualdade de todos perante a lei é garantida pela CF, projetando-se também ao plano do Direito Processual Civil, onde significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento igualitário (CPC 125 I). Dar tratamento isonômico as partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Igualdade no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial e não meramente formal.

Neste caso, não podemos considerar que o locatário/devedor e o garantidor/fiador sejam iguais dentro do contrato de locação. Embora o fiador figure-se no processo como um “substituto” do devedor, no caso da falta de condições deste em arcar com eventual débito, não se pode olvidar que não foi o fiador que contraiu a dívida, nem tampouco é o fiador que loca de maneira direta o imóvel

⁵⁴ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pag. 128.

objeto da locação, sendo inviável que este reste mais onerado quando da execução do que o devedor principal.

Alexandre de Moraes⁵⁵ nos explica o objetivo do advento do princípio da igualdade da Constituição Federal Brasileira:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)

Pois bem, acreditamos que o devedor principal e o fiador podem ser considerados iguais ou desiguais na relação jurídica que os une. A um, poderão ser considerados como iguais, eis que se encontram no mesmo pólo da relação jurídica, bem como tem praticamente o mesmo objetivo: arcar com as despesas advindas da locação. A dois, porém, são considerados desiguais, já que o devedor usa e goza do bem objeto da locação enquanto o fiador, por sua vez, apenas serve como garantidor da dívida, não possuindo nenhum tipo de benefício nisto (até por isso que o contrato de fiança é considerado gratuito).

Ocorre que, independente de qual dos casos deve ser tratado como correto, em ambos o fiador é passível de maior onerosidade por ocasião da execução do que o próprio devedor principal, eis que o direito de impenhorabilidade do bem de família do fiador é impiedosamente afastado.

Logo, devemos concluir que, em que pese eventual desigualdade entre as supramencionadas partes, no caso do tratamento ser desigual, entendemos que este deveria ser mais oneroso para o devedor principal e não para o mero garantidor.

Nota-se um privilégio em ser o devedor principal e, ao mesmo tempo, um prejuízo em ser o fiador, sendo neste ponto que entendemos estar violado o princípio da igualdade.

Para maior esclarecimento do aspecto do princípio da igualdade que entendemos ser violado, importante transcrever o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁶:

⁵⁵ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, pag. 66.

Na verdade, o princípio da igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional. É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei.

A ausência de igualdade nos parece clara ainda, devido a possibilidade do devedor principal, ao invés de realizar os pagamentos para a manutenção da locação, passar a utilizar o dinheiro destinado a isto para compra de um imóvel próprio. Significa que, após quitado o imóvel próprio do devedor principal, este será impenhorável. Todavia, a dívida locatícia poderá ser cobrada do fiador através de seu imóvel, já que este não é coberto pela impenhorabilidade.

Tal exemplo, inclusive, veio à baila em decisão do Supremo Tribunal Federal⁵⁷ recente sobre o caso (RE 407.688-8/SP), através do Ministro Eros Grau que, vencido, assim discorreu:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque esta poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.

A afronta à isonomia parece-me evidente.

Com o exemplo trazido pelo Ministro, nos pareceu indiscutivelmente violado o princípio da igualdade, não sendo aceitável que o Supremo Tribunal Federal desconsidere tal afronta. Particularmente, entendemos que o princípio da igualdade

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁷ Brasília, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, 2006.

é o último princípio constitucional que pode vir a ser violado, sob pena de desorganizar ainda mais o sistema social e jurídico atual.

Importante ainda ressaltar dois outros casos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, onde os entendimentos são diversos em relação a aplicabilidade do princípio da isonomia.

No RE 352940-4, o Ministro afirma que: “*Existe a violação do princípio isonômico e do princípio da hermenêutica: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio***”. Em sentido contrário, através do RE 407688-SP, assim discorre o Ministro: “*O cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não afiançar um contrato de locação e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica*”.

Em que pese concordarmos, em parte, com o entendimento da última decisão transcrita, não podemos esquecer que o fiador, em regra, é um familiar ou amigo próximo do locatário, ficando muitas vezes em situação onde resta inviável negar a condição de fiador.

Isso porque, vimos no fiador, a figura de alguém que pretende viabilizar a locação para pessoa do seu convívio, que provavelmente não possui outra forma de garantir o contrato locatício.

Ocorre que a nossa legislação, ao invés de limitar a responsabilização do fiador, ao menos da mesma forma que a do devedor principal, acaba por massacrá-lo, ao ponto de fazê-lo perder seu bem de família em detrimento de um bondoso favor.

Diante disto, a penhorabilidade (se não revogada) deve ser ao menos considerada tal somente em último caso, quando não exista mais nenhuma forma judicial (ou extrajudicial) de quitar a dívida proveniente do contrato locatício. Existe inclusive uma expressão advinda do latim, da qual o direito faz uso quando se fala em medidas de último caso: a *ultima ratio*.

4.3 Penhorabilidade como “*ultima ratio*”

Deste modo, como forma de nos encaminharmos para conclusão do presente trabalho de pesquisa, escolhemos trazer a baila, o subtítulo que traz a penhora do bem de família como *ultima ratio*.

Enquanto a situação jurídica do fiador permanecer desta forma no cenário brasileiro, ou seja, com a possibilidade de penhora de seu bem, acreditamos por bem ressaltar, que em termos de processo judicial, a penhora do referido bem, deve ser apenas considerada como *ultima ratio* (do latim, última razão), ou seja, como última e exclusiva forma de adimplir a obrigação descumprida.

Na recente decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 407.688-8/SP), foi decidido, por maioria de votos, que o artigo que dispõe sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador é constitucional, sendo mantida naquele processo a penhora do bem de família do fiador no contrato de locação.

Importante fazermos uma breve análise dos dois votos de maior relevância na referida decisão. Primeiramente do relator, Ministro Cezar Peluzo, e em segundo lugar, o voto do Ministro Eros Grau, que divergindo dos demais, votou pela inconstitucionalidade do inciso em questão.

O relator, Ministro Cezar Peluzo, entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, fundamentando em primeiro lugar, que o direito à moradia é direito social e não pode ser confundido com o direito a ser proprietário do imóvel. Ainda, refere que o conceito de direito à moradia não deve ser restrito àqueles que são proprietários de imóveis, mas também aos que fazem uso da locação como forma de manterem residência.

Importa ressaltar a parte final do voto do Ministro relator⁵⁸:

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

O Ministro Eros Grau⁵⁹, por sua vez, assim votou:

⁵⁸ Brasília, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, 2006.

⁵⁹ Brasília, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, 2006.

Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência dos preceitos constitucionais, o do art. 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Partindo do princípio da proporcionalidade, somos forçados a concordar com o Ministro Eros Grau. Não nos parece proporcional, permitir a penhorabilidade do bem de família dos fiadores (que podem não ser maioria no mercado imobiliário, mas não deixam de ser cidadãos que merecem o amparo jurídico da lei tanto quanto os demais), enquanto o devedor principal permanece sobre o abrigo desta garantia jurídica.

O que se constata nestes casos, é que os fiadores representam minoria frente aos inúmeros contratos de locação existentes no mercado. Diante disso, depreendemos que os fiadores são totalmente desconsiderados pela lei, tanto que, nas decisões judiciais que, por maioria, tem julgado como penhorável o bem de família do fiador, podemos denotar que sequer se analisa o caso concreto, ou seja, a matéria fática, sendo de imediato aplicada a matéria de direito.

Não podemos concordar que nestes casos, onde são tratadas matérias complexas como o direito à moradia dos cidadãos, sequer haja uma possibilidade e análise do caso concreto de maneira mais densa. Juridicamente, não se considera a injustiça que ocorre quando o único bem de família do fiador, que pode ter sido adquirido em vinte anos, ou mais, de maneira extremamente árdua, é penhorado e vendido por decorrência de dívida alheia.

Não há proporcionalidade alguma quando um terceiro (o fiador apesar de ter contrato de fiança com o locatário, não deixa de ser terceiro na relação entre locador e locatário) é onerado tão significativamente mais do que o próprio devedor principal da relação.

Da mesma forma, inexistente consideração ao princípio basilar na Constituição Federal, que dispõe sobre a necessidade de se manter a igualdade de todos perante a lei.

Não se pode partir do pressuposto que o devedor principal não possua bem de família, tão somente porque esta figurando em contrato de locação. Isso porque,

não só imóveis residenciais próprios são objetos de contratos de locação, mas também salas comerciais, ou ainda imóveis com fins de moradia para descendentes ou ascendentes.

Até porque, não se está falando aqui da revogação do artigo que prevê a fiança como uma garantia fidejussória, mas sim na exclusão do dispositivo legal que permite a penhorabilidade do bem de família do fiador decorrente de contrato locatício.

Inclusive, acreditamos por bem que seja realizada por parte do Poder Público, e mesmo do Poder Judiciário, uma maior divulgação perante a sociedade da questão da possibilidade da penhorabilidade do fiador, para que todos estejam plenamente cientes dos riscos que anuem no momento da concretização do contrato locatício.

Por fim, não podemos deixar de mencionar outro princípio que, mesmo indiretamente, resta violado diante das consequências advindas da penhora da residência do fiador: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Arrolado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal Brasileira, isto é, dentro os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana visa a proteção dos valores morais inerentes à pessoa. Desta forma, a partir do momento em que o fiador perde sua única casa, ficando muitas vezes sem ter onde morar com sua família, nos parece indubitavelmente violado sua dignidade e proteção como ser humano.

Após intensa pesquisa sobre o tema, nos coube ainda verificar se existia alguma intenção legislativa, em forma de projeto de lei, que buscasse a revogação do artigo 3º da Lei 8.009/90, no tocante a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. Desta forma, nos deparamos com o Projeto de Lei nº 6.413 do ano de 2009, do qual forçosa se faz menção neste momento.

4.4 Considerações sobre o Projeto de Lei Nº 6.413/2009

Como forma de concluir o presente trabalho de pesquisa, se faz importante mencionar o Projeto de Lei que tramitava perante a Câmara dos Deputados de número 6.413 desde o ano de 2009.

O referido projeto tinha como o objetivo a revogação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, relativo à possibilidade de penhora de bem de família do fiador para pagamento de débitos contraídos em contratos de locação.

O autor do projeto, Vicentinho Alves, fundamentou seu projeto no sentido de que os fiadores que desconhecem a questão da impenhorabilidade do bem de família deviam ser protegidos, tais como pessoas de baixa renda e sem instrução, que tendem a ser as mais prejudicadas.

O projeto acabou por ser arquivado em 31 de janeiro deste ano, tendo em vista que o ex-deputado Vicentinho Alves, foi eleito senador nas eleições de 2010 e não houve nenhum outro deputado que desta continuidade ao procedimento legislativo.

CONCLUSÃO

Dentre as divergências que nutrem a presente matéria está o fato de que com a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, fica subentendido que o mercado imobiliário esta sendo mais protegido e valorizado do que os direitos de fundamentais do cidadão.

Não só direitos fundamentais, como o da propriedade, como também o direito social á moradia, são notoriamente violados quando se trata da penhora do bem de família do garantidor no contrato locatícios. Diante disto, a corrente que defende a penhorabilidade do bem do fiador alega que se revogada fosse, a possibilidade de penhora, o mercado das locações viraria um verdadeiro caos no cenário dos negócios jurídicos brasileiros.

O mercado imobiliário não pode ter tamanha relevância social, ao ponto de submeter um cidadão a perder sua moradia, muitas vezes adquirida através do trabalho de uma vida inteira. Mais do que perder seu lar, o fiador tem que se conformar com o fato de que ele e sua família estão no “olho da rua”.

Em um país como o Brasil, onde infelizmente a desigualdade está retratada por toda parte, inviável que o legislativo mantenha um dispositivo que gera tamanha injustiça com parte dos envolvidos nos contratos locatícios. O fiador fica sem nenhuma segurança jurídica desde o momento em que ingressa no negócio jurídico, até o seu inesperado fim.

Conforme citado no decorrer deste trabalho de pesquisa, existem situações hipotéticas, mas que provavelmente ocorrem muito na prática, onde o locatário acaba por se avantajam ilicitamente em detrimento do fiador, que passa a ser parte legítima para arcar com as dívidas decorrentes do contrato de fiança.

A legislação brasileira não pode permitir tamanha injustiça como a de possibilitar a penhora do bem de família do fiador, enquanto o devedor principal tem e sempre terá o seu bem de família protegido, inclusive em eventual defesa de ação regressiva ajuizada pelo fiador.

Isso nos parece tão absurdo, que procuramos através do presente trabalho de pesquisa ratificar algumas considerações que, sabe-se, já estão em discussão desde o advento do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 que trata sobre o bem de família.

Os poderes Legislativo e Judiciário devem ter como objetivo a busca infundável da segurança jurídica dos cidadãos, e não podem ter o condão de prejudicar onerosamente uma parte - que muitas vezes sequer tem consciência do instituto pela qual se compromete e dos riscos que este pode vir a causar - em detrimento de outra.

Em que pese a fiança ser um instituto muito conhecido nominalmente, é certo que a maioria da população - leiga juridicamente - não está ciente do que este contrato significa, bem como de todas as consequências que dele podem advir. Embora o desconhecimento da lei não possa ser alegado processualmente, impossível que a realidade do fato seja desconsiderada por nossos legisladores e operadores do direito em geral.

Até por ser um instituto muito utilizado entre amigos íntimos e familiares, a fiança inicialmente parece ser extremamente inofensiva, até porque nada impede que o fiador de em garantia um bem (que não o seu bem de família) e no outro o venda, ficando apenas com sua residência, e acreditando piamente que ela está a salvo.

O prudente seria que antes da revogação definitiva do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, políticas públicas comesçassem a estimular os usuários contumazes dos contratos locatícios a fazerem uso dos outros tipos de garantias locatícias, como a caução e o seguro fiança. Ainda, seria de grande valia, que houvesse maior divulgação por parte dos poderes Legislativo e Judiciário das consequências que o contrato de fiança pode vir a causar no patrimônio do garantidor.

Certamente, se tomadas as referidas medidas, o número de contratos garantidos pela fiança diminuiriam, e, da mesma forma, os cidadãos estariam cientes de todas as implicações decorrentes da garantia real fidejussória (fiança).

A divergência entre os operadores do direito ainda é muito intensa quando se fala em (im) penhorabilidade do bem de família do fiador, entretanto, como forma de finalizar a presente pesquisa, ratificamos o entendimento de que a melhor forma de decidir acerca desta questão é a aplicação minuciosa do princípio da proporcionalidade (e seus subprincípios) como forma de garantir a razoabilidade nas decisões judiciais.

O fato é que a fiança nos contratos locatícios, nos termos legais em que se encontra atualmente, pode vir a causar um dos maiores danos (no âmbito material)

que um ser humano pode vir a sofrer no decorrer de sua vida: a impiedosa destruição do “sonho da casa própria”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3. 19.ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-2-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. ampl. e atual. de acordo com as Emendas Constitucionais e Revisão Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Técnicas de Investigação, Argumentação e Redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v.2: Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v.3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direito Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SANTOS, Gildo dos. **Fiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Enio Moraes da. **Considerações críticas sobre o novo bem de família**. Curitiba: Juruá, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STÁBILE FILHO, José. **Bem de família e execução**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 669, ano 80, jul. 1991.

TARTUCE, Flávio. **Função social do contrato: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civilconstitucional brasileiro: temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada: temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

VASCONCELOS, Rita de Cássia de. **A impenhorabilidade do bem de família: e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sylvio de Salvo. **Lei de Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Bem de Família**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.