

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**A FIANÇA COMO GARANTIA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES  
DECORRENTES DE CONTRATOS DE LOCAÇÃO E A PROTEÇÃO DO IMÓVEL  
RESIDENCIAL PRÓPRIO DO FIADOR**

**ALGOMIRO CARVALHO NETO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO, NA ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO  
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**LISBOA, 2013**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**ALGOMIRO CARVALHO NETO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR  
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**LISBOA, 2013**

## A DEUS

Para minha esposa Rosanna, meus filhos  
Algomiro Júnior, Pedro Rafael e João  
Felipe, meus pais, Roldão e Solange,  
meus irmãos e meus amigos

## **AGRADECIMENTOS**

Excelentíssimo Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro, professor e orientador desta dissertação, pela paciência e compreensão no conhecimento transmitido

Excelentíssima Senhora Professora Doutora Maria Raquel Rei, pelo auxílio prestado no desenvolvimento do curso e desta dissertação

Excelentíssima Senhora Professora Doutora Maria Luísa Duarte, professora, pelo conhecimento transmitido

Ilustríssima Senhora Madalena V. Xavier, nossa locadora na breve, mas agradável, estada na cidade de Lisboa, terra de nossas origens, especialmente pela gentileza no trato da relação locatícia constituída, sequer exigindo fiança

Ilustríssima Senhora Doutora Cristina Bogado Menezes, pelas orientações prestadas para melhor adaptação à cidade de Lisboa

De forma especial ao meu pai, Roldão Oliveira de Carvalho, colega de turma neste curso de mestrado, pelo apoio incondicional e exemplo de perseverança

A Escola Nacional da Magistratura e Associação dos Magistrados Brasileiros, por me propiciarem a oportunidade deste curso de mestrado

A todos que, de forma direta, ou indireta, colaboraram para a realização deste curso de mestrado, lembrando de forma saudosa os colegas de turma

*Não seja como aqueles que se comprometem facilmente, tornando-se fiador de dívidas. Se você não tiver com que pagar, eles tomarão até a cama onde você dorme.*

(Provérbios, 22, 26)

A fiança, a pretexto de socorrer um amigo ou familiar, encerra em seu âmago a triste sina de acabar com amizades, desfazer casamentos e destruir famílias (pág. 122).

*"A casa de meu avô.../Nunca pensei que ela acabasse!/ Tudo lá parecia impregnado de eternidade"*

(Manuel Bandeira)

## **RESUMO**

A fiança constitui uma das mais importantes e eficazes formas de proteção do crédito, com origem no direito romano, e uma das mais antigas modalidades de garantia de cumprimento das obrigações, sendo prestada, em regra, de forma gratuita. Principal espécie de garantia exigida em contratos de locação obteve tratamento diferenciado na Lei 8.009/90, que trata do bem de família. A Lei 8.009/90 trata da impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, dispondo que o mesmo 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 pela própria lei. Entretanto, a Lei 8.245/91, que cuida das locações de imóveis urbanos, excluiu da proteção legal o bem de família quando cuidar-se de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, dando nova redação ao artigo 3º da Lei 8.009/90, com a inclusão desta exceção no inciso VII. No presente trabalho será discutida a inconstitucionalidade deste dispositivo, por afronta à Constituição Federal, que consagrou, através da Emenda Constitucional 26/00, o direito à moradia como garantia fundamental a qualquer pessoa, e por lesão ao princípio da isonomia, que garante a todos tratamento igual perante a lei, demonstrando que a alteração legislativa, elaborada de forma casuística, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Contrato. Garantias contratuais. Locação. Fiança. Fiador. Bem de família. Proteção. Impenhorabilidade. Princípio da isonomia. Direito a moradia. Inconstitucionalidade. Casuismo. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

The bailment is one of the most important and effective ways to protect credit, original from the Roman Law and one of the oldest guarantee modalities to fulfill some obligation, usually, provided for free. As the main specie of guarantees required to lease contracts, gained special treatment after the Act 8.009/90, discussing Family Assets. This Act 8.009/90. The Act 8.009/90 discuss the guarantees to pledge certain asset, exempting the Family Entity of any kind of civil, commercial, fiscal and social security debt, contracted by spouses, parents and their sons that may own and live in the asset, except in the cases foreseen by the law. Although, the Act 8.245/91, responsible for the urban realties, excluded the Family assets guarantee when the debt incurs in a lease contract, providing a new line in the 3° article of Act 8.009/90, including this exception in the VII paragraph. The present dissertation will discuss the unconstitutionality of this gap, confronting the National Constitutional, who established through the Ement 26/00, the housing right as a universal basic principle, injuring the isonomy principle, attesting that the legislative change, made in a casuist way, was not approved by the constitutional new order.

## **KEYWORDS**

Contract. Contract Guarantees. Pledge . Lease Contracts. Guarantor . Família Asset. Protection. Isonomy. Housing right. Unconstitutional. Casuism. Federal Supreme Court.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CCB (Código Civil Brasileiro)

CCP (Código Civil Português)

CPCB (Código de Processo Civil Brasileiro)

CRFB (Constituição da República Federal do Brasil)

STF (Supremo Tribunal Federal)

STJ (Superior Tribunal de Justiça)

RE (Recurso Extraordinário)

REsp (Recurso Especial)

DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos)

PIDESC (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

| <b>SUMÁRIO</b>  | <b>Pág.</b> |
|---|-------------|
| <b>1. INTRODUÇÃO.....</b>                                     | <b>12</b>   |
| <b>2. CONTRATO.....</b>                                       | <b>15</b>   |
| <b>2.1. Origem do contrato.....</b>                           | <b>17</b>   |
| <b>2.2. Evolução histórica do contrato.....</b>               | <b>19</b>   |
| <b>2.3. Natureza jurídica do contrato.....</b>                | <b>22</b>   |
| <b>2.4. Classificação e espécies.....</b>                     | <b>23</b>   |
| <b>2.5. Princípios contratuais.....</b>                       | <b>25</b>   |
| <b>2.5.1. Princípio da autonomia da vontade.....</b>          | <b>25</b>   |
| <b>2.5.2. Princípio da supremacia da ordem pública.....</b>   | <b>27</b>   |
| <b>2.5.3. Princípio do consensualismo.....</b>                | <b>28</b>   |
| <b>2.5.4. Princípio da boa fé.....</b>                        | <b>29</b>   |
| <b>2.5.5. Princípio da obrigatoriedade.....</b>               | <b>30</b>   |
| <b>2.5.6. Princípio da função social.....</b>                 | <b>32</b>   |
| <b>2.5.7. Princípio da equivalência material.....</b>         | <b>33</b>   |
| <b>3. GARANTIAS CONTRATUAIS.....</b>                          | <b>35</b>   |
| <b>3.1. Histórico.....</b>                                    | <b>37</b>   |
| <b>3.2. Espécies.....</b>                                     | <b>38</b>   |
| <b>3.3. Garantias decorrentes do contrato de locação.....</b> | <b>43</b>   |
| <b>3.3.1. Vedação de duplicidade de garantias.....</b>        | <b>46</b>   |
| <b>4. CONTRATO DE LOCAÇÃO.....</b>                            | <b>49</b>   |
| <b>4.1. Origem e evolução histórica.....</b>                  | <b>50</b>   |

---

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 4.2.      | Natureza jurídica.....                                       | 53         |
| 4.3.      | Espécies e elementos.....                                    | 55         |
| <b>5.</b> | <b>CONTRATO DE FIANÇA.....</b>                               | <b>62</b>  |
| 5.1.      | Origem.....  | 64         |
| 5.2.      | Natureza jurídica.....                                       | 65         |
| 5.3.      | Espécies.....  | 71         |
| 5.4.      | A fiança como garantia do contrato de locação.....           | 75         |
| <b>6.</b> | <b>PROTEÇÃO DO IMÓVEL RESIDENCIAL PRÓPRIO DO FIADOR.....</b> | <b>77</b>  |
| 6.1.      | Conceito e origem do bem de família.....                     | 78         |
| 6.2.      | A lei 8.009/90 e a impenhorabilidade do bem de família.....  | 82         |
| 6.3.      | Polêmicas decorrentes da proteção do bem de família.....     | 84         |
| 6.4.      | Direito à moradia e o princípio da dignidade humana.....     | 91         |
| 6.5.      | Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família..... | 96         |
| 6.5.1.    | A exceção ao imóvel do fiador.....                           | 99         |
| 6.6.      | O casuísmo da norma.....                                     | 102        |
| 6.7.      | Princípio da isonomia.....                                   | 105        |
| 6.8.      | A inconstitucionalidade da norma.....                        | 111        |
| 6.9.      | Interpretação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.....  | 116        |
| <b>7.</b> | <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>119</b> |
|           | <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>                                     | <b>124</b> |
|           | <b>ANEXOS.....</b>   | <b>130</b> |

## INTRODUÇÃO

Instituído o contrato como uma das formas de livre manifestação de vontade na constituição de direitos e obrigações, logo surgiu a necessidade de se estabelecer mecanismos adequados e aptos a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelas partes, considerando que a mera assunção destes não se mostrava suficiente para tanto, decorrente das mais variadas causas e fatores, desde a simples e banal indisposição voluntária ao implemento do pacto firmado até a impossibilidade gerada por motivos alheios ao própria querer. A mera possibilidade de descumprimento da obrigação constituída pelo contrato gera nos contratantes sentimento de insegurança capaz de desestabilizar o negócio celebrado, afetando de forma ampla as relações jurídicas.

Não se olvida que a principal garantia de cumprimento da obrigação é o próprio patrimônio do contratante, que responde integralmente, salvo exceções, pelo adimplemento dos compromissos contratados. Entretanto, situações existem em que o patrimônio do obrigado se mostra insuficiente a garantir o implemento da dívida, exigindo assim a instituição de outras formas que assegurem a execução do contrato.

A fórmula encontrada e que se mostrou eficaz à solução do problema foi a criação de garantias contratuais, mecanismo pelo qual os contratantes definem meios, previamente estabelecidos na legislação, suficientes e hábeis a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas na celebração do contrato.

Desta forma, a partir do momento em que as partes contratantes optam por instituir determinada garantia como forma de assegurar o regular cumprimento do contrato celebrado, naturalmente que o fazem com o objetivo principal de viabilizar a realização do negócio jurídico e sem a qual eventualmente não seria concretizado, decorrente da falta de segurança em tal situação.

Portanto, constitui a garantia dada, em última análise, o fator decisivo para a concretização do negócio celebrado e externado no contrato, razão pela qual, muito mais do que o próprio negócio que a originou, deve ser cumprida na forma como estabelecida pelas partes, ainda que envolva terceiro não integrante da relação primitiva, como sói acontecer nos casos de aval e fiança, em que terceira pessoa assume o compromisso de cumprir a obrigação caso o devedor principal não o faça.

Assim, ainda que não tenha integrado o negócio originário e principal, sequer obtendo dele qualquer benefício ou vantagem, o fiador, de forma gratuita, mas onerosa, obriga-se a cumprir o encargo assumido pelo afiançado caso este não o faça de forma voluntária, ou coativa, respondendo para tanto com seus bens pessoais, presentes e futuros, e sem a possibilidade de discutir questões referentes ao contrato precedente.

Deverá o fiador, ao ser chamado a honrar o compromisso assumido pelo afiançado, estar pronto a cumprir a obrigação tal como se fosse ele o próprio beneficiário do contrato originário, razão pela qual não lhe é dado o direito de invocar escusas ao descumprimento que não seriam dadas ao devedor principal, tampouco poderá pretender livrar seus bens pessoais por fundamento não concedido àquele. Aliás, sequer as razões de natureza pessoal do devedor principal poderão ser evocadas pelo fiador em benefício próprio.

Destarte, o fiador, de forma totalmente gratuita, obriga-se por outrem ao cumprimento de determinada obrigação que, em outra situação, não seria sua, mas que assumiu de forma voluntária, ficando assim vinculado ao contrato até que seja cumprido, ou chamado a cumpri-lo no lugar do afiançado.

Entretanto, ainda que não possa o fiador invocar em benefício próprio razões de natureza pessoal inerentes ao devedor principal, situações existem em que poderá discutir o negócio realizado entre as partes originárias, especialmente quando presente qualquer dos vícios capazes de macular o negócio jurídico, *v. g.*, o dolo, a coação, a simulação. Ora, se o próprio devedor principal fica desobrigado do cumprimento do negócio celebrado porque manchado por algum defeito, também o estará o garantidor, uma vez que a relação subjacente por igual estará maculada e não será possível exigir-se o seu adimplemento.

Mas, estando perfeito e acabado o negócio jurídico celebrado, não havendo qualquer mácula no contrato originário, o fiador somente poderá escusar-se ao cumprimento da obrigação garantida se demonstrar a ocorrência de algum defeito na prestação da garantia, suficiente a invalidar o contrato subjacente de fiança.

O presente trabalho não tem a pretensão, entretanto, de discutir vícios ou defeitos do negócio jurídico, considerando para efeito de desenvolvimento do tema a validade e regularidade da obrigação assumida, tanto a principal quanto a subjacente, centrando-se na discussão sobre a possibilidade do fiador invocar em seu benefício favor concedido por lei ao devedor principal.

A fiança, dentre outras obrigações, poderá garantir o cumprimento daquelas firmadas em contratos de locação, garantindo ao locador que o compromisso assumido pelo locatário, caso não seja por este satisfeito, o será pelo fiador, ainda que para isto tenha que responder com seus bens particulares.

Exatamente neste ponto encontra-se a justificativa do presente trabalho, ou seja, estabelecer o limite da responsabilidade sobre o imóvel residencial próprio do fiador pela obrigação assumida pelo afiançado, em razão da proteção concedida por lei<sup>1</sup> à moradia do devedor principal<sup>2</sup> e a exceção legal estabelecida em relação ao fiador<sup>3</sup>.

Embora já pacificada a questão tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, comporta ainda discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo legal que excepciona a regra da impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor nas hipóteses de fiança decorrente de contratos de locação, especialmente em razão do princípio da isonomia, consagrado na Constituição da República Brasileira em seu artigo 5º, *caput*<sup>4</sup>.

A matéria não encontra correspondência no direito português, mas será abordada a disciplina legal que rege, na espécie, os contratos em geral e as garantias contratuais, com foco mais detalhado na fiança, traçando o paralelo com o direito brasileiro.

Ao final, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, será emitido o posicionamento quanto a matéria, com indicação quanto a melhor aplicação do direito neste tema.

---

<sup>1</sup> Lei 8.009/90

<sup>2</sup> 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 (Lei 8.009/90, art. 1º)

<sup>3</sup> A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (Lei 8.009/90, art. 3º, inc. VII, com a redação dada pela Lei 8.245/91)

<sup>4</sup> art. 5º, *caput*, Constituição Federal do Brasil. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

## 1. CONTRATO

O contrato representa a mais comum, e talvez a mais importante, fonte das obrigações, dado a multiplicidade de formas que assume e tendo em conta ainda suas repercussões no universo jurídico, abrangendo de forma ampla e universal todas as relações comunitárias, surgindo da necessidade do ser humano, que por vezes não é capaz de suprir, sozinho, sequer suas carências básicas, como a alimentação, saúde, moradia, o que o obriga a valer-se do concurso de outrem para lhe satisfazer, surgindo daí o ajuste de vontades, a convenção firmada entre duas ou mais pessoas, em que são assumidas obrigações e estabelecidos direitos, conforme descrito de forma poética pelo mestre Clóvis Beviláqua: *õDesprendida a personalidade individual da nebulosa do coletivismo primitivo, robustecida, enlarguecida, toma o voo, como uma prole implumada que abandona as calenturas enervantes do ninho, e começa, por meio dos contratos, na faina de aproximar as utilidades criadas ou apreendidas das necessidades sentidas. E, para realizar essa empresa, vai, progressivamente, estendendo o círculo de sua ação. Hoje um povo, amanhã um continente e, finalmente, o globo inteiro recebem as malhas vigorosas da rede imensa do comércio. Por meio do contrato, o habitante do extremo da Ásia ou da Austrália e o que vive sob o céu americano, onde brilha a luz branca da estrela polar ou onde resplandece a constelação do cruzeiro, reconhecem a congruência de seus interesses, associam-se, ainda que momentaneamente, e, sem que jamais se vejam, entram numa cooperação, para o fim de satisfazerem as próprias necessidades. Embora não se conheçam, se não como armazéns de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transações, centuplicando as energias*<sup>5</sup>.

Anote-se, por oportuno, que não se olvida a distinção feita entre contrato e convenção, especialmente pelos romanos, que distinguiam o primeiro como espécie do segundo, gênero ao qual também pertencia o pacto, embora hodiernamente tal distinção não assumia relevância de maior significado.

Colhe-se da lição de Enzo Roppo que *õno direito romano clássico, por exemplo, não existia ó nos termos em que hoje concebemos ó uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações económicas. Existia, é certo, com a **stipulatio**, um esquema formal no qual se enquadravam*

---

<sup>5</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Obrigações. Edição histórica. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 211 e 212

*convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da <<forma>> entendida, não tanto como instrumento legal, mas <<como cerimónia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso>> (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído*<sup>6</sup>.

Assim, não obstante a existência de definições de ordem social e econômica, é perfeitamente admissível conceituar-se o contrato, do ponto de vista jurídico, como sendo determinado negócio jurídico em que dois ou mais indivíduos estabelecem vínculos reguladores de interesses, em busca da satisfação de necessidades, firmando assim acordo de vontades capazes de criar, modificar ou extinguir direitos, exigindo-se, para que se aperfeiçoe, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Segundo Inocêncio Galvão Telles *o contrato é, pois, o acordo por que duas ou mais partes ajustam reciprocamente os seus interesses, dando-lhes uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos*<sup>7</sup>.

Conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz, o contrato pode ser definido como *o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial*<sup>8</sup>, complementado pela doutrina de Orlando Gomes para quem *o contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam*<sup>9</sup>.

Tomando por empréstimo a elucidativa lição de Caio Mário da Silva Pereira, resume-se a noção de contrato a um *negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não*

---

<sup>6</sup> ROPPO, Enzo. O Contrato (Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, do original *Il Contratto*). Coimbra: Almedina, 2009, p. 16

<sup>7</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10

teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos<sup>10</sup>.

Por seu turno, Inocêncio Galvão Telles aduz que *o contrato, com efeito, representa o somatório e síntese de actos unilaterais que, praticados por duas ou mais partes, se concentram e reúnem num todo. E, como qualquer outro facto complexo, pode ser de formação simultânea ou sucessiva, simultânea se os contraentes manifestam as suas vontades ao mesmo tempo, sucessiva se à proposta de um se segue, decorrido algum tempo, a aceitação do outro: é o caso dos contratos entre ausentes*<sup>11</sup>.

O contrato ostenta, pois, função de natureza essencial às atividades humanas em todas as áreas onde se constitui a realização de um negócio jurídico, estabelecendo acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

### **1.1. Origem do contrato**

O homem primitivo, em sua constante busca por melhores condições de sobrevivência sempre procurou uma forma de estabelecer a vida em sociedade, de forma comunitária, até mesmo para possibilitar sua própria proteção, vulnerável que ficava ao ataque de outras criaturas e até mesmo de seu próprio semelhante.

Mesmo estabelecendo a convivência em sociedade, ainda que de forma precária, o homem desconhecia o direito de propriedade, fazendo com que cada indivíduo, ou grupo, utilizasse da força para conseguir ocupar aquilo que pretendiam. Este exercício de poder de um homem sobre o outro, ou de um grupo sobre os demais, sem qualquer critério, meramente pela força, passou a ser entendido como exercício de tirania e falta de moral, criando o sentimento de injustiça.

Em sua evolução natural, adquirindo, pois, o senso de justiça e de moral, verificando o homem que o uso da força não era adequado, ou por vezes suficiente, passou a adotar o hábito de promover a troca de produtos, o que pode ser configurado como uma espécie de contrato da época.

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7

<sup>11</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Manual dos Contratos em Geral, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33/34

Não se pretende dizer, à evidência, que o contrato tenha tido a sua origem neste momento, ou que seja criação primitiva, até mesmo em decorrência da discussão acerca de sua verdadeira origem. Desta forma, sendo impossível determinar-se precisamente a origem do contrato, posto que suas primeiras ocorrências confundem-se com a própria evolução moral da humanidade, a determinação de uma data ou de um período para o seu surgimento seria mero exercício de adivinhação, à falta de registros históricos.

Conforme Jefferson Daibert, os delineamentos do contrato moderno foram traçados pelos romanos, embora os hebreus, por exemplo, já o conheçam, afirmando que *õos hebreus conheceram o instituo do contrato antes da fundação de Roma. Na época do cativoiro de Nínive, Tobias deu emprestado à Gbelo, que residia na cidade de Rages, na Média, dez talentos de prata, e um quirógrafo foi reidigido ficando em poder do credor*<sup>12</sup>.

Também os gregos tinham conceitos rudimentares a respeito do instituto. O casamento, por exemplo, era visto por estes como um contrato.

Entretanto, o Direito Romano já descobrira a figura do *contractus*, com o significado de unir, contrair, e criaram, também, os institutos da *conventio* e do *pacto*, que, para eles, respectivamente expressavam òvir juntoö e òestar de acordoö.

Para Carlos Alberto Bittar, *contractus* e *pacto* não eram o mesmo instituto. Segundo o autor, *õa distinção residia no fato do primeiro conferir ao titular ação própria à pessoa, enquanto o segundo, uma vez que não contava com o respaldo do ordenamento jurídico, demandava a intervenção do pretorö*<sup>13</sup>. Essa situação perduraria até Justiniano, que, através do *Corpus Juris Civiles*, dá força pessoal também às convenções, desde que realizadas com o preenchimento das formalidades necessárias.

Pode-se afirmar com certeza, portanto, que foi em Roma que a sistematização do contrato tornou-se mais nítida. Embora não se possa afirmar que de lá saíram os primeiros contratos, foi o direito romano que tornou o contrato verdadeiro instituto.

Assim, o início da formação histórica do contrato remonta ao direito romano, significando o termo *contractus*, originariamente, unir, contrair. Sabe-se que os contratos em Roma eram sempre revestidos de caráter rigoroso e sacramental, estando o aspecto formal

---

<sup>12</sup> DAIBERT, Jeferson. *Dos contratos*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995

<sup>13</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direto dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense. 1990

sobreposto até mesmo à vontade das partes, que somente passaria a ter maior valor à época de Justiniano, quando o elemento subjetivo da vontade se sobrepõe ao rigor do formalismo. Com a queda do domínio romano, o direito germânico impõe, em decorrência de seu acentuado simbolismo, um verdadeiro ritual para a celebração de um contrato, permanecendo este procedimento simbólico até o período da alta Idade Média.

A forma escrita, no período medieval, passa a predominar na relação contratual, com a exigência da entrega de um documento por ocasião do contrato, decorrente da *stipulatio romana no traditio cartae*, o que se dá com a retomada dos estudos do direito romano, ocorrendo neste período forte influência do direito canônico.

## 1.2. Evolução histórica do contrato

Considerando a evolução das relações mercantis e os costumes, o contrato experimenta a necessidade de se tornar um instrumento mais ágil, menos solene, passando a expressar a verdadeira vontade das partes contratantes, evoluindo assim para a ampla liberdade de contratação.

Não obstante, tem-se que atualmente a noção de vontade das partes expressa no contrato já não mais representa verdadeiro equilíbrio e igualdade nas relações contratuais, especialmente nos chamados contratos de massa, exigindo, pois, a pronta intervenção estatal com a finalidade de reequilibrar as negociações, mas sempre buscando respeitar, ao máximo, a vontade das partes expressa no contrato. A intervenção estatal somente se justifica, pois, quando patente a fragilidade de uma das partes contratantes e a notória superioridade da outra, colocando-as em evidente desequilíbrio.

Tem-se, pois, hodiernamente, que os contratos devem expressar a vontade das partes, sem qualquer interferência externa, salvo em casos de flagrante desequilíbrio, encontrando ainda como limitador na contratação a ordem pública e os bons costumes.

Para Carlos Affonso Pereira de Souza, *õa flexibilização da autonomia da vontade a preceitos contidos na legislação não representa uma completa anulação desse princípio nas relações contratuais. Muito ao reverso, a autonomia da vontade, e, mais especificamente, a*

*liberdade contratual, permanecem como princípio, e sua derivação respectivamente, a reger os vínculos contratuais, agora atrelada à função social do contrato*<sup>14</sup>.

Até atingir este estágio de desenvolvimento, tal como o conhecemos atualmente, o contrato passou por diversas fases, experimentando ao longo do tempo reformulações em sua gênese, exigindo assim que se discorra, ainda que brevemente, sobre sua evolução através do tempo.

Como já exposto anteriormente, o direito primitivo estabeleceu costumes reguladores dos contratos, embora não o definisse como tal, considerando que, cuidando-se de leis escritas, apenas na antiga Mesopotâmia serão vistos os primeiros enunciados conhecidos tratando dos contratos. Assim é que as Leis de Eshnunna, cuja promulgação data provavelmente entre os anos de 1825 e 1787 a.C., tratavam da compra e venda, do arrendamento e de empréstimo a juros. O Código de Hamurabi (1758 a.C.), por seu turno, também continha dispositivos semelhantes, regulamentando determinados contratos específicos, sua execução e as taxas de juros a serem cobradas.

É certo, portanto, afirmar que a noção de contrato surge no momento em que o homem deu início às primeiras comunidades, mas é apenas no direito romano que seria ele sistematizado, com a criação de determinadas categorias de contratos e sua consequente e natural regulação, com definição de requisitos, garantias e classificações, não obstante tenha sido objeto de regulação normativa em sociedades anteriores.

O próprio direito romano experimentou evolução no tratamento do contrato, conforme determinado período histórico. Assim, tem-se que em seus primórdios o cumprimento do contrato constituía questão de honra, sendo o vínculo jurídico de natureza pessoal, em que o devedor respondia pelas obrigações assumidas com o próprio corpo. A evolução natural levou ao abandono de tal prática, para atribuir a responsabilidade pelo adimplemento ao patrimônio do devedor, estabelecendo a noção e distinção entre convenção, contrato e pacto (*Contratos eram convenções normatizadas, e por isso protegidas pela via da actio. Três eram as espécies contratuais: a) litteris, que exigia inscrição no livro do credor <denominado codex>; b) re, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) verbis, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. O pacto era um acordo não previsto em lei, não exigindo forma especial, nem era protegido pela actio ó*

---

<sup>14</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Teoria geral das obrigações e dos contratos, 4ª ed.

*embora tenham merecido proteção, durante a república romana e o alto império romano, os pactos mais freqüentes, que adquiram então a categoria de contrato<sup>15</sup>).*

Já na idade média, e sob ascendência do direito germânico, a falta de cumprimento da obrigação, em geral, era causa de escravidão ou privação da liberdade, mas aos poucos, sobretudo com o desenvolvimento do direito canônico, a vontade passa a ser considerada como fonte do direito contratual. Adquiria o contrato caráter religioso, em que a palavra dada tinha força de lei. A boa fé passa a imperar tanto na celebração quanto no cumprimento do contrato. O consensualismo ganha força a partir dos séculos XIII e XIV, quando, bastando o acordo de vontades para que houvesse contrato.

Com o jusnaturalismo, reforça-se a obrigatoriedade dos contratos, com a ideia de que o homem, como senhor de si e de seus atos, sem qualquer submissão a autoridade exterior, criava normas, em comum acordo com outro indivíduo, obrigando-se ao seu cumprimento, posto que livremente pactuadas.

Este mesmo pensamento serviria de base, no iluminismo, aos modernos códigos, assumindo o jusnaturalismo racionalista como embasamento do direito, estabelecendo-se a vontade como principal fundamento na formação do estado e solidificação do direito.

Assim, se no direito público a formação do estado teve seu alicerce no Contrato Social, que segundo Rousseau tinha como missão preservar os direitos e garantias do ser humano, constituído assim pela vontade geral, no direito privado a vontade individual, erigida a dogma, continua a ser o principal elemento do contrato, pois ainda que suprimisse ou restringisse direitos, o era pela própria vontade do contratante. Fernando Noronha, em análise ao direito dos contratos, assevera que *“já no final do século XIX, na França, Fouillée podia resumir a concepção reinante dizendo, em expressão que ficou célebre, que toda justiça é contratual e que quem diz contratual, diz justo (‘toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste’)”*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: Atualidades II: Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 231/232

<sup>16</sup> NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65

Para Kant, a legitimidade do contrato, bem assim da lei, reside no fato do homem impor normas a si mesmo, dando suporte à teoria da autonomia liberal, o que possibilitou a ampla circulação de riquezas e o estabelecimento da natureza econômica do contrato.

Entretanto, não obstante a noção de prevalência do cumprimento daquilo que foi contratado, decorrente justamente da teoria da autonomia liberal, prevalecendo sempre a vontade das partes, em razão do exercício da liberdade de contratar, o princípio *pacta sunt servanda* passa a ser atenuado com o implemento do estado social, em que deve ser dada proteção à parte mais vulnerável do contrato, especialmente nos contratos de massa, considerando a mitigação da vontade.

Admite-se a intervenção estatal no contrato, permitindo a modificação ou revisão de todo o contrato ou de determinadas cláusulas contratuais, sob a justificativa de restabelecer o equilíbrio que deveria imperar no momento de celebração do contrato, especialmente porque hodiernamente, em determinados momentos, as pessoas são levadas a aceitar, por necessidade, ainda que não vital, a imposição de determinadas cláusulas contratuais que, em outra situação, não consentiriam.

O consensualismo, decorrente da intervenção estatal, é abrandado, gerando a crise contratual, não sendo encontrada resposta eficaz, pela teoria clássica dos contratos, aos contratos de massa, em que o conteúdo contratual não pode mais ser previamente discutido, sendo imposto por uma parte ou pela lei, que fixa um conteúdo básico.

Entretanto, ainda que mitigada, a autonomia da vontade continua a ser elemento essencial do contrato, ao lado da boa fé, devendo ser observada, entretanto, também a sua função social, considerando que o contrato deixa de ser mero instrumento econômico e passa a ser considerado meio de desenvolvimento social e humano.

### **1.3. Natureza jurídica do contrato**

Definir a natureza jurídica de determinado instituto significa situá-lo no plano do direito, indicando a que ramo pertence, sua normatização legal e os seus elementos constitutivos. Em outras palavras, e de forma simplista, seria responder à pergunta: *do que é isso para o direito?* ou *do que é este instituto para o direito?*

Pode-se dizer, assim, que o contrato é um negócio jurídico, definido como o acontecimento humano em que, presentes todos os elementos de existência, realidade e eficácia, a vontade humana é declarada para a produção de efeitos queridos e desejados pelas partes, gerando direitos e obrigações.

Situa-se o contrato no plano do direito público ou privado, conforme o seu objeto e partes contratantes. Assim, os contratos administrativos são considerados de natureza pública e, como tal, tratados. Interessa ao presente trabalho, entretanto, os contratos de caráter privado, normatizados pelo direito privado e tratados no Código Civil dentre os direitos das obrigações.

Destarte, cuidando-se de negócio jurídico, o contrato deve conter os elementos de existência para assim ser considerado, ou seja, a declaração de vontade, livre e de boa fé, com circunstâncias negociais, agente capaz e legitimado, objeto lícito, possível e determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.

#### 1.4. Classificação e espécies

Desde os romanos, o operador do direito tem se ocupado da classificação dos contratos, pelo que não encontra similitude entre um e outro doutrinador, variando conforme a corrente seguida e as novas manifestações contratuais. Assim, no direito romano, conforme Washington de Barros Monteiro, *õas obrigações ex contractu filiavam-se a quatro tipos: obligationes, quae sunt ex contractu, aut consensu contrahuntur, aut re, aut verbis, aut litteris. Por outras palavras, os contratos eram consensuais, reais, verbais e literais, segundo resultassem do mútuo acordo das partes (consensu), da entrega de uma coisa (re), do emprego de expressões solenes que os contratantes deveriam pronuncias (verbis), ou quando se formavam por escrito (litteris)*<sup>17</sup>.

Desta forma, considerando a grande diversidade de classificação dos contratos, conforme a corrente doutrinária, serão analisadas apenas as categorias de maior significado e mais comumente citadas, seguindo neste aspecto a doutrina majoritária, para quem os contratos podem ser classificados em: a) *contratos típicos, atípicos e mistos*; b) *contratos*

---

<sup>17</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41

*consensuais, formais e reais; c) contratos onerosos e gratuitos; d) contratos bilaterais e unilaterais; e) contratos comutativos e aleatórios; f) contratos de adesão; e g) contratos principais e acessórios.*

São típicos os contratos conforme contenham previsão legal, com tratamento sobre suas regras, estabelecendo a forma que deverá prevalecer para o acordo de vontades a ser firmado (compra e venda, doação), e atípicos aqueles que não possuem, ainda, regramento normativo, nascidos da necessidade do ser humano de materializar o negócio realizado (cessão de clientela). Utiliza-se o vocábulo *ãaindaö* em razão de que o uso constante impele à normatização. Para Caio Mário da Silva Pereira, *õdiz-se misto o contrato que alia a tipicidade e a atipicidade, ou seja, aquele em que as partes imiscuem em uma espécie regularmente dogmatizada, aspectos criados por sua própria imaginação, desfigurando-a em relação ao modelo legalö*<sup>18</sup>.

Os contratos consensuais são assim chamados por não necessitarem de forma especial, dependendo unicamente da vontade dos contratantes para a sua formação (locação), ao passo que os contratos formais, ou solenes, exigem forma prescrita em lei (compra e venda de bem imóvel). Nos contratos reais, é da essência a entrega de determinado bem (comodato).

Onerosos são aqueles contratos em que uma das partes assume o ônus e a outra as vantagens, ou assumem reciprocamente direitos e obrigações, ou seja, o direito de uma parte é o dever da outra parte (empréstimo, compra e venda). Gratuitos, ou benéficos, quando existe somente uma prestação, apenas uma das partes se obriga (doação sem encargos, comodato).

O contrato unilateral cria obrigações apenas para uma das partes (doação sem encargo, depósito, mandato), enquanto os contratos bilaterais geram obrigações para todas as partes envolvidas na contratação (compra e venda, locação, permuta, seguro).

Quando as prestações de ambas as partes são certas e equivalentes, podendo esta equivalência ser avaliada já no ato da conclusão, diz-se contrato comutativo (compra e venda). Mas, se a prestação de uma ou de ambas as partes depender de um evento futuro e incerto, tem-se um contrato aleatório (compra de soja com fixação de preço por ocasião da safra).

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 61

Na formação do contrato prepondera a livre manifestação de vontade das partes contratantes, com liberdade para discutir o teor e disposições do contrato. Entretanto, em determinado tipo de contrato, assim denominado de *condição*, a vontade de uma das partes se sobrepõe à da outra, com imposição das cláusulas contratuais, às quais o contratante apenas adere (contratos de consumo).

Conforme tenha vida própria ou dependa de outro para sua existência, o contrato pode ser principal ou acessório. Assim, se existe independentemente de qualquer outro será principal (locação), mas se depender de outro contrato terá natureza acessória, porque visa assegurar o cumprimento do principal (fiança).

Conforme visto nos exemplos que ilustram a classificação, vários são os tipos de contratos previstos na legislação, ou de uso sem regramento ainda definido, que entretanto não serão objeto de análise pormenorizada, salvo os contratos de locação e fiança, que serão vistos em capítulo a parte.

## **1.5. Princípios contratuais**

O contrato é regido por diversos princípios, alguns que o acompanham desde sua criação e, portanto, ditos clássicos ou tradicionais, e outros que se foram incorporando ao direito contratual conforme a evolução deste importante instituto, regulador de quase todas as atividades humanas.

Dentre os princípios contratuais, apenas os fundamentais serão vistos neste trabalho, em razão da maior importância na análise do instituto e por estabelecerem um equilíbrio sólido e justo na elaboração do contrato.

Tendo em mente que os contratantes devem obediência a todos os princípios que regem as relações contratuais, tem-se que estes são equivalentes a normas de elevada valoração a orientar todo o sistema jurídico e, portanto, também as relações contratuais devem ser orientadas por determinados princípios contratuais, que serão vistos adiante.

### **1.5.1. Princípio da autonomia da vontade**

O primeiro e mais importante princípio do contrato, por acompanhá-lo desde os seus primórdios, e por isto mesmo sendo considerado de sua gênese, é o da autonomia da vontade, que de forma simplista significa que ninguém é obrigado a contratar, devendo imperar no ato de contratação a ampla liberdade do indivíduo, que é livre para contratar se quiser, com quem quiser, quando quiser, onde quiser e sobre o que quiser.

Assim, tem-se que o princípio da autonomia da vontade constitui, em última análise, a declaração manifestada pelas partes contratantes, no sentido de fixar os direitos e obrigações decorrentes do negócio jurídico celebrado e inseridos na relação contratual que daí advém, conforme muito bem explica Orlando Gomes ao afirmar que *o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual, na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*<sup>19</sup>.

O princípio da autonomia da vontade encontra-se normatizado no Código Civil Brasileiro em seu artigo 421<sup>20</sup>, ao dispor que a liberdade de contratar deve ser exercida pelos contratantes em razão e nos limites da função social do contrato. De seu turno, o Código Civil Português disciplina a matéria no artigo 405<sup>21</sup>, estabelecendo que as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, podendo ainda celebrar outros que não aqueles previstos em lei.

Este princípio, não se olvida, encontra-se atualmente mitigado, seja pela intervenção estatal, quando atua mediante a imposição de normas legais a restringir a vontade, como no caso de estabelecer que deve ser observada a função social do contrato, ou até mesmo ao admitir a modificação de cláusulas livremente pactuadas mas que estabelecem manifesta desvantagem para uma das partes em benefício desigual para a outra. Além, tem-se ainda que determinados contratos acabam por ser impostos sem que se possa escolher o outro contratante, como nos casos de fornecimento de bens essenciais de natureza pública e

---

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22

<sup>20</sup> Art. 421, CCB. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>21</sup> ARTIGO 405º, CCP. (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

concedidos em sistema de monopólio, como a água tratada e a energia elétrica, ou mesmo as cláusulas que se quer inserir, hipótese dos contratos de adesão.

Esta limitação anote-se, ocorre em razão de não se admitir autonomia absoluta, como ensina Pontes de Miranda, para quem *õnãõ há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites*<sup>22</sup>.

### 1.5.2. Princípio da supremacia da ordem pública

Decorre deste princípio a limitação à ampla liberdade contratual, posto que o interesse social e coletivo deve sempre prevalecer sobre interesses de natureza pessoal. Corolário deste princípio tem-se no tratamento legal dado à questão, como se vê no Código Civil Brasileiro em seu artigo 2.035<sup>23</sup>, parágrafo único e no Código Civil Português no artigo 280<sup>24</sup>, 2, estabelecendo que qualquer negócio será considerado nulo e não poderá prevalecer se contrariar a ordem pública e os bons costumes.

Portanto, embora as partes estejam livres para contratar se quiserem, com quem quiserem, quando quiserem, onde quiserem e sobre o que quiserem, esta liberdade encontra seu limite na ordem pública e nos bons costumes, conceitos de difícil apreensão e compreensão, considerando a natural evolução humana e alterações de costumes conforme a época. De forma simplista e resumida, pode-se dizer que a ordem pública condiz com as regras estabelecidas pela legislação de cada estado e integrantes do ordenamento jurídico, enquanto bons costumes encontram-se ligados a critérios morais e éticos vigentes em determinada época, podendo variar de um país para o outro. A complexidade aumenta quando se comparam legislações e costumes de vários povos e se constata que aquilo que ofende a ordem pública e os bons costumes em determinada nação, é considerado perfeitamente admissível em outra, tanto do ponto de vista legal quanto moral.

---

<sup>22</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962, p. 47

<sup>23</sup> Art. 2.035, CCB. ... Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>24</sup> ARTIGO 280º, CCP. (Requisitos do objecto negocial) ... 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

Ao examinar estes conceitos, Caio Mário da Silva Pereira já adverte que *õo que são normas de ordem pública e o que são bons costumes não há critério rígido para precisarõ*, mas oferece, após afirmar que *õocupam umas e outras zonas de delimitação flutuante, que os juristas a custo conseguem definirõ*, elementos para que se possa formar uma opinião segura, esclarecendo que *õsegundo doutrinas aceitas com visos de generalidade, condizem com a ordem pública as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínias da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos. Bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, a até dentro de uma mesmo país e mesma época. Atentam contra **bonos mores** aqueles atos que ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônioõ*<sup>25</sup>.

Assim, dentro destas diretrizes encontra-se cerceada a liberdade de contratação, total ou parcial, conforme o conteúdo do negócio que se pretende celebrar, justificando-se esta limitação exatamente para evitar desequilíbrios contratuais e eventual exploração do economicamente mais fraco na relação negocial.

### 1.5.3. Princípio do consensualismo

Decorrente do princípio da autonomia da vontade defluiu-se deste princípio que para o aperfeiçoamento do contrato basta tão somente o acordo de vontades entre as partes, que ocorrendo dará por consumado o negócio, independentemente de seu posterior cumprimento. Não se olvida a existência de contratos que exigem, para sua validade, o cumprimento de determinados requisitos e obrigações, sendo entretanto a exceção à regra de que a forma é livre, como bem explica Carlos Roberto Gonçalves, ao afirmar que *õas partes*

---

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25/26

*podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular. O consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção*<sup>26</sup>.

#### **1.5.4. Princípio da boa fé**

Assume especial destaque e importância este princípio, tanto que o próprio texto legal não descurou de lhe dar tratamento normativo, donde se vê no artigo 422<sup>27</sup> do Código Civil Brasileiro e também no artigo 227<sup>o28</sup> do Código Civil Português o seu regramento, ambos disciplinando que os contratantes devem proceder segundo as regras e princípios da boa fé no ato da contratação, assim na celebração, quanto no cumprimento do contrato.

Assim, tem-se que o negócio celebrado deve ser analisado observando-se a conduta dos contratantes sob dois aspectos essenciais. Primeiro, impõe-se a verificação da consciência das partes, que deve estar desprovida do elemento dolo, ou seja, devem haver-se sem a intenção de lesar uma à outra, o que corresponde à boa-fé subjetiva, ligada fundamentalmente a um elemento psicológico interno de cada indivíduo. Depois, é preciso considerar a conduta dos celebrantes na contratação, equivalente, nesta hipótese, à noção de boa-fé objetiva, correspondente à imagem de comportamento leal, honrado e digno, vale dizer, a exigência de comportamento equivalente à do homem comum médio.

É preciso ter em mente, contudo, que mesmo distinguindo-se a boa-fé subjetiva da objetiva, estão intimamente ligadas e inseparáveis, uma vez que a primeira sempre está contida na segunda, conforme bem explica Flávio Tartuce, ao referir que *õuma boa atuação presume ou relaciona-se com uma boa intenção. Portanto, toda vez que há previsão de boa-fé*

---

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. Parte Geral, Obrigações, Contratos, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 697

<sup>27</sup> Art. 422, CCB. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>28</sup> ARTIGO 227º , CCP. (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

*objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que o conceito denota*<sup>29</sup>.

Destarte, considerando que a boa-fé subjetiva corresponde a um estado de consciência do contratante de estar se portando conforme o direito e as regras de determinado negócio, surge uma grande dificuldade de se estabelecer a conduta contrária do agente, equivalente, na hipótese, à má-fé. Por isto, a boa-fé referida na norma legal, que aliás deve permear toda e qualquer conduta, não apenas o ato de negociar, é a boa-fé objetiva, que segundo Caio Mário *õ não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios*<sup>30</sup>.

Exatamente por isto determina a norma legal que os contratantes são obrigados a pautarem sua conduta pela boa-fé, seja no ato da contratação, seja no cumprimento do contrato celebrado, uma vez que, conforme assevera Sílvio de Salvo Venosa, *õ a ideia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé*<sup>31</sup>.

### **1.5.5. Princípio da obrigatoriedade**

---

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. A Função Social dos Contratos. São Paulo: Método, 2005, p. 168.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 379

Não se concebe a ideia de alguém contratar sem a intenção de cumprir a obrigação que assume, ou de cumpri-la de forma diversa, sendo descabida a noção de vinculação ao negócio com o propósito de não honrar o compromisso assumido. Assim, celebrado o contrato, os contratantes vinculam-se a ele e a suas cláusulas na forma estabelecida, em razão do princípio da obrigatoriedade dos contratos, também chamado de princípio da força vinculante dos contratos.

Conforme explica Arnaldo Rizzardo *o contrato deve ser cumprido pela mesma razão que a lei deve ser obedecida, ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém. O fundamento da obrigatoriedade está, segundo alguns, no dever da veracidade; outros, assentam a razão da obrigatoriedade num pretense pacto social que primitivamente se formara, pelo qual os indivíduos se comprometem em respeitar a palavra dada. Mais simplista é a escola positivista, com raízes em Comte, que vê a obrigatoriedade do contrato na própria Lei, isto é, o contrato obriga porque assim a lei ordena. Em verdade, o contrato obriga em função de várias razões, todas de essência prática, sem necessidade de teorizar os fundamentos. É necessário o cumprimento em virtude da palavra dada, e mais porque a lei ordena a obediência às cláusulas, cominando sanções aos infratores. A estabilidade da ordem social e a necessidade de dar segurança às relações desenvolvidas são outros fatores que ensejam a irretratabilidade*<sup>32</sup>.

Considerando que ninguém está obrigado a contratar, sendo livre para celebrar os termos e ajustes do contrato, uma vez vinculando-se a ele, deve cumprir a palavra empenhada, em razão da necessidade de segurança dos negócios jurídicos e da imutabilidade do contrato, que uma vez concluído faz lei entre as partes, personificada na máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), que somente poderá ceder nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou ainda quando ocorrer evidente desequilíbrio entre as partes, com evidente favorecimento a uma delas em detrimento e flagrante prejuízo à outra, decorrente de fato imprevisto e imprevisível, posterior à contratação, aqui representado pela cláusula *rebus sic stantibus* (permanecendo assim as coisas).

Segundo lição de Sílvio Rodrigues *o princípio da força vinculante das convenções consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, se*

---

<sup>32</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25

*torna obrigatório ente as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. Porém, tal princípio encontra limite na regra de que a obrigação se extingue se vier a se impossibilitar por força maior ou caso fortuito*<sup>33</sup>.

### **1.5.6. Princípio da função social**

Embora os efeitos do contrato, em regra, atinjam somente as partes contratantes, não se pode negar que hodiernamente todo contrato possui repercussão social, razão pela qual os interesses dos contratantes devem respeitar os interesses sociais. Constitui este princípio verdadeira limitação ao princípio da autonomia da vontade, devendo os contratantes exercer a liberdade de contratar observando sempre a função social do contrato.

Prevista no artigo 421 do Código Civil Brasileiro<sup>34</sup>, mas sem correspondência no Código Civil Português, restringe a liberdade de contratar das partes aos limites da função social do contrato. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro *o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; assim, pode ser vedado o contrato que não busca esse fim*<sup>35</sup>.

Segundo Miguel Reale, o contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade, asseverando que *o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida*<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.17

<sup>34</sup> Art. 421, CCB. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>35</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2ª parte, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25

<sup>36</sup> REALE, Miguel. *O Projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10

Sobre a questão, aliás, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o enunciado de nº 23, estabelecendo que *“a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”*<sup>37</sup>.

### **1.5.7. Princípio da equivalência material**

Pode-se extrair do princípio da função social do contrato, aliado à boa-fé que deve imperar no negócio celebrado, em clara mitigação à obrigatoriedade dos pactos, o princípio da equivalência material, que conduz à noção de que o contrato deve estabelecer e manter equilíbrio entre os contratantes, de forma recíproca. Tal princípio não significa identidade de direitos e obrigações, mas apenas equilíbrio entre umas e outras, de forma que nenhuma das partes integrantes da relação negocial possa se impor à outra de forma a desestabilizar o contrato celebrado, evitando-se abuso de poder econômico e a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo *“o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico pacta sunt servanda passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”*<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (Coordenador Científico). Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 19

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 87

O mesmo doutrinador prossegue indicando casos em que a relação entre os contratantes pode ser afetada, causando desequilíbrio contratual, como ocorre nos contratos de locação e fiança, estabelecendo dois aspectos para melhor conceituar o princípio e indicar as hipóteses mais comuns de desestabilização do negócio, asseverando que *o princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal da vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes*<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 88

## 2. GARANTIAS CONTRATUAIS

Narra Cícero a história de dois amigos, Damon e Fíntias, cuja amizade sempre resistira a toda prova. Ocorre que Fíntias, em determinado momento, começou a fazer críticas ao tirano de Siracusa, Dionísio, denunciando seus excessos. Insatisfeito, Dionísio condenou Fíntias à morte. Este, já condenado, solicitou ao déspota que lhe concedesse alguns dias a mais de vida, para que pudesse empreender uma viagem e comunicar a seus familiares a sua situação. Dionísio então perguntou a Fíntias qual a garantia de que ele, uma vez solto, realmente retornaria para cumprir a sentença. Foi então que seu amigo, Damon, se apresentou para ficar em seu lugar, concordando em ser executado caso Fíntias não cumprisse a palavra empenhada. Dionísio concordou e, mandando prender Damon, concedeu o prazo solicitado por Fíntias. Ao final do prazo, para surpresa de todos, inclusive do próprio Dionísio, Fíntias retornou de sua viagem, mesmo tendo passado por várias tribulações, apresentando-se para a execução, liberando o amigo do encargo. Impressionado com tamanha prova de lealdade, confiança e amizade, Dionísio mandou libertar os dois, revogando a pena aplicada.

O episódio ilustra com propriedade a importância da garantia, ao mesmo tempo em que fornece a noção deste valoroso instituto. Dionísio somente concordou em liberar Fíntias em razão da garantia prestada por Damon com sua própria vida. Garantia de natureza pessoal. Assim ocorre, na grande maioria das vezes, por ocasião da celebração do contrato, em que as partes admitem assumir determinados deveres em razão da segurança que lhes é proporcionada de que as obrigações serão cumpridas, em decorrência da garantia ofertada.

Ao assumir um compromisso decorrente de um negócio jurídico, cabe à própria parte contratante a obrigação de cumprir seu dever. É o que se espera que ocorra para a estabilidade das relações jurídicas. Caso não o cumpra de forma voluntária, o devedor fica sujeito a responder por suas obrigações com o seu patrimônio, conforme normatizado pelo Código Civil Brasileiro<sup>40</sup> e pelo Código Civil Português<sup>41</sup>, valendo-se o credor do estado-juiz para promover a execução e expropriação dos bens. Assim, em regra, a garantia do cumprimento das obrigações é o próprio patrimônio do devedor, denominado de garantia geral. Este mesmo patrimônio do devedor poderá, ainda, ser caracterizado como garantia

---

<sup>40</sup> Art. 391, CCB. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

<sup>41</sup> ARTIGO 601º, CCP (Princípio geral). Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.

especial, na medida em que determinado bem seja indicado de forma específica como garantia contratual, como no caso da hipoteca, cuidando-se neste caso de garantia de natureza real.

Ocorre que nem sempre a parte contratante possui patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação que está assumindo. Nesta situação, dificilmente conseguirá firmar o contrato. Poderá valer-se, nesta hipótese, de outra forma de garantia, de natureza fidejussória, gênero no qual se enquadra a espécie fiança.

Assim, tem-se a garantia como reforço adicional ao cumprimento voluntário da obrigação, assegurando ao credor a satisfação de seu direito, ainda que para isto tenha que valer-se dos meios judiciais necessários para tanto. Como aduz Manuel Januário da Costa Gomes, *õa garantia supõe, ou assume, como dizem Galvão Telles e Almeida Costa, um significado (ou um reforço) quantitativo ou qualitativo (ou, a um tempo, quantitativo e qualitativo), tendo em vista a satisfação do crédito. Trata-se de um aumento, isto é de algo que acresce; é um **plus** relativamente à complexa relação credor-devedor e à caracterização consequente do direito do credor como um direito subjectivo, caracterização essa que, como vimos, carrega já em si, intrinsecamente, o poder de executar o património do devedor, recorrendo, para tal à força do Estado*<sup>42</sup>.

Destarte, pode-se conceituar garantia contratual justamente como sendo essa proteção patrimonial da parte que assume a posição de credor no contrato, e que permitirá o adimplemento da obrigação, sendo determinante, na maioria dos casos, pela concretização do negócio realizado. Segundo Vera Maria Jacob Fradera, *consiste na õobrigação acessória, cujo objeto é reforçar a execução da obrigação principal e tornar, por ela, o credor certo da realização concreta da vinculação do devedor*<sup>43</sup>.

Tratando do tema, afiança António Menezes Cordeiro que *õfica-nos a ideia de que as garantias hãõ-de redundar em esquemas de Direito destinados a assegurar determinadas situações jurídicas. Como sabemos ser este o papel da sanção, podemos definir a garantia jurídica como toda a sanção ou grupos de sanções institucionalizados*<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção Fidejussória de Dívida. Coimbra: Almedina, 2000, p. 19

<sup>43</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob. Os contratos autônomos de garantia. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 53, nov. 1991, p. 238-251

<sup>44</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 501

## 2.1. Histórico

Os primeiros registros de que se tem notícia sobre o cumprimento de obrigações nos remetem aos primórdios da civilização, quando é possível verificar que o devedor respondia com seu próprio corpo por suas dívidas. O mesmo ocorria, em determinado período, com sua esposa e filhos.

Os egípcios adotaram o costume de adjudicar ao credor a própria pessoa do devedor, enquanto os hebreus tornavam-no escravo do seu credor.

Entre os romanos, o credor podia prender o devedor, vendendo-o em três feiras sucessivas, ou ainda matá-lo, como permitia a Lei das XII Tábuas.

A própria evolução humana passou a repudiar estes costumes, em razão da evidente desproporção entre as prestações, entendendo ser excessivo que a vida humana fosse utilizada como forma de compensação de uma obrigação de natureza patrimonial. Desta forma, no ano 326 a.C., com a *Lex Poetelia Papiria*, é transferido ao patrimônio material do devedor a garantia do adimplemento das suas obrigações, se as mesmas não proviessem de ato ilícito.

Segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *õpara além da faculdade de executar o patrimõnio do devedor, o Direito Romano reconhecia como garantia toda e qualquer situaçõo jurõdica destinada a reforçar a expectativa do credor em receber a prestaçõo, podendo essa situaçõo jurõdica ser fornecida pelo credor ou por um terceiro e ter natureza obrigacional ou real. As garantias obrigacionais correspondiam principalmente à sponsio, fidepromissio e fideiussio. Já em relaçõo às garantias reais, a mais antiga foi a denominada fiducia cum creditore, através da qual se passava a propriedade em garantia*<sup>45</sup>.

A partir daí, a idéia de garantia da dívida ligou-se ao patrimônio ou aos bens do devedor, deixando ele de responder com sua vida e sua liberdade.

A doutrina de J. M. Carvalho Santos expressa este pensamento de forma clara, ao dispor que todas as legislações adotam o princípio de que ninguém poderá responder, com sua

---

<sup>45</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 24/25

vida ou liberdade, por dívidas, asseverando que *"os bens do devedor constituem a garantia comum dos seus credores. É o princípio trivial de Direito acolhido expressamente em muitas legislações, aliás, superfluamente, porque, embora não consagrado de modo explícito, como no nosso Código, está subentendido, desde que a vida e a liberdade não mais podem responder pelas dívidas, restando apenas os bens que podem prestar garantia real, como suscetíveis de serem sujeitos à ação eventual de todos os credores"*<sup>46</sup>.

Todavia, essa garantia genérica, dita garantia geral, foi insuficiente, dando origem a fraudes e simulações e, embora existam mecanismos adequados a combater tais situações, as relações negociais, especialmente as que implicavam em concessão de crédito, geravam insegurança quanto ao exato cumprimento do pactuado.

Para corrigir esses defeitos surgiram duas espécies de garantia: **a) pessoal ou fidejussória** (uma pessoa, alheia à relação obrigacional, obrigava-se a pagar o débito, caso o devedor principal não o solvesse. Desta espécie são a fiança e o aval, que perduram até hoje). **b) real** (o próprio devedor, ou alguém por ele, destinava todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída. São exemplos ainda atuais a hipoteca e o penhor).

## 2.2. Espécies

Não se pode perder de vista que a primeira e natural garantia dada ao cumprimento do contrato é a palavra empenhada pelo contratante que, na maioria das vezes, é suficiente, considerando o valor moral que se deve ter em mente na celebração de qualquer negócio. Entretanto, em diversas ocasiões, por um ou outro motivo, às vezes até mesmo alheio à própria vontade do contratante, tem-se o descumprimento da avença, de forma voluntária ou involuntária (*caso fortuito ou força maior*), o que justifica, sobremaneira, a preocupação do legislador ao estabelecer que o patrimônio do devedor responde por todas as suas dívidas (*à exceção dos casos legais*).

Destarte, e conforme já exposto, a primeira e natural garantia de cumprimento da obrigação é o próprio patrimônio do devedor, que responde com todos os seus bens, presentes

---

<sup>46</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Coisas, Tomo X, 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 5

e futuros, pelo adimplemento de suas dívidas. Assim, celebrado o negócio e assumindo o devedor a condição de inadimplência, poderá o credor valer-se do estado-juiz para agredir o patrimônio do inadimplente. A esta modalidade de garantia dá-se a denominação de garantia geral. Com António Menezes Cordeiro *õpodemos definir a garantia geral das obrigações como o conjunto de normas destinado a proporcionar, ao credor, a cobertura das obrigações, à custa do património do devedor*<sup>47</sup>. Assim, *õo património do devedor é a garantia comum dos credores, ou a garantia geral das obrigações*<sup>48</sup>, como assevera Fernando Noronha, constituindo, nas palavras de Antunes Varela, *õgarantia comum dos credores, dada a todos eles, em pé de igualdade*<sup>49</sup>.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, após indagar se a denominada garantia geral se enquadra no conceito de garantia, adverte que *õapesar da proliferação de opiniões adversas à integração da responsabilidade patrimonial entre as garantias das obrigações, temos entendido, na esteira de Paulo Cunha, que essa integração é plenamente justificada. Efectivamente, a faculdade que a lei atribui ao credor de executar o património do devedor, principal tutela jurídica de que goza o direito de crédito, representa uma forma de assegurar ao credor a realização do seu direito, e nesse sentido constitui naturalmente uma garantia*<sup>50</sup>.

Assim, sem qualquer dúvida, a garantia geral enquadra-se dentro do conceito de garantias das obrigações, pois, como aduz João de Matos Antunes Varela, *õo cumprimento da obrigação é assegurado pelos bens que integram o património do devedor. O património do devedor constitui assim a garantia geral das obrigações. Garantia geral porque a cobertura tutelar dos bens penhoráveis do devedor abrange a generalidade das obrigações do respectivo titular*<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 503

<sup>48</sup> NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189

<sup>49</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, 10ª ed., vol. 2. Coimbra: Almedina, 2003, p. 471

<sup>50</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 59/60

<sup>51</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 419/420

Todavia, pode ocorrer do credor não se sentir seguro somente com o patrimônio do devedor e a palavra por este empenhada, podendo exigir, de forma lícita e sem qualquer possibilidade de censura à sua conduta, que sejam apresentadas alternativas de proteção ao seu crédito. Na preleção de Manuel Januário da Costa Gomes *õa prevenção, pelo credor, da insuficiência do património do devedor para satisfazer todos os créditos ó e, logo, o seu crédito ó condu-lo, naturalmente, a exigir ao devedor a apresentação de soluções que aumentem a probabilidade de satisfação do crédito*<sup>52</sup>.

Assim, apenas esta garantia geral, por vezes, não é suficiente para confortar o interesse daquele que assume a condição de credor no contrato, o que comumente ocorre quando o outro contratante, que figura na qualidade de devedor, apresenta-se em situação, senão de insolvência, de ausência de patrimônio aceitável a garantir o cumprimento da obrigação, caso em que deverá socorrer-se de terceira pessoa que possa garantir a obrigação assumida. Pode ocorrer, ainda, a hipótese de pretender o credor onerar um bem específico do devedor para a satisfação do compromisso entabulado, evitando com isto o desfazimento do patrimônio deste em prejuízo daquele. Conforme aduz Mário Júlio de Almeida Costa, *õnã contentes com a simples garantia geral, traduzida no património do devedor e comum a todos os credores, podem as partes estabelecer uma garantia específica, tendo por objecto a responsabilização de outro ou outros patrimónios pelo cumprimento da obrigação, ou atribuindo ao credor determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro*<sup>53</sup>.

A esta modalidade atribui-se a denominação de garantia especial, criada justamente para estabilizar o negócio celebrado, conferindo ao crédito a segurança necessária ao adimplemento. Significa, assim, robustecimento do crédito, conforme explica Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, ao anotar que *õdesse modo, as garantias especiais reforçam o crédito na medida que incrementam as chances de sua realização. Sua instituição emana do acordo das partes ou, excepcionalmente, de imposição da norma legal*<sup>54</sup>.

Como informa Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *õa garantia especial representa um reforço suplementar de segurança atribuído a algum ou alguns dos credores,*

---

<sup>52</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Estudos de Direito das Garantias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 8

<sup>53</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 881

<sup>54</sup> FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Contrato de Fiança. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24

*em relação à garantia comum, que é conferida pelo património do devedor. Esse reforço de garantia que representa a garantia especial varia, consoante se trate de garantias pessoais ou de garantias reais*<sup>55</sup>.

Reforçando o conceito, empresta-se a lição de Mário Júlio de Almeida Costa, para quem *õdizem-se garantias pessoais aquelas em que outra ou outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação*<sup>56</sup>.

Esta, portanto, a primeira divisão das garantias das obrigações, geral e especial, compondo a primeira, por determinação legal, todo o património do devedor, presente e futuro, ou seja, todos os bens existentes ao tempo em que contraiu a obrigação e ainda aqueles adquiridos posteriormente, constituindo a segunda a afetação de um bem específico, do próprio devedor ou de terceiro, ou ainda a atribuição da responsabilização a terceira pessoa, que garanta o cumprimento do compromisso.

Extrai-se do gênero garantias especiais as garantias de natureza real e pessoal, em que a primeira vincula-se a determinado bem, do próprio devedor ou de terceiro, enquanto a segunda atribui a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação a terceira pessoa, diversa do devedor contratante, situação em que o património do terceiro garantidor, a exemplo do que ocorre com o devedor originário, ficará vinculado à satisfação do crédito.

A palavra real advém do latim *res*, que significa coisa, fornecendo a noção de que nas garantias reais a obrigação será resguardada por uma coisa, ou seja, um determinado bem, do devedor ou de terceiro, que ficará, por força do contrato celebrado entre as partes, vinculado à satisfação do crédito.

Assim, tem-se que a garantia real protege o credor em caso de inadimplência do devedor, ou mesmo na hipótese de insolvência deste, reforçando desta forma o crédito representado no contrato, mediante a vinculação de um ou mais bens ao pagamento da dívida. Não significa que os demais bens que integram o património do devedor estejam, em razão da garantia real prestada, isentos de serem alcançados pelo credor, que poderá, após excutir o bem dado em garantia, atacar o restante do acervo, caso a garantia prestada se mostre ineficaz ao fim a que foi destinada. Destarte, a garantia real, assim como a pessoal, constitui um

---

<sup>55</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 95

<sup>56</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 881

reforço, como dito, ao crédito. Entretanto, o bem dado em garantia ficará vinculado à satisfação da obrigação contraída, preferindo qualquer outra, salvo as hipóteses legais.

Discorrendo sobre o tema, esclarece Mário Júlio de Almeida Costa que *õdiversa é a configuração das garantias reais. Em virtude delas, o credor adquire o direito de se fazer pagar, de preferência a quaisquer outros credores, pelo valor ou pelos rendimentos de certos bens do próprio devedor ou de terceiro, ainda que esses bens venham a ser posteriormente transferidos. Opera-se, digamos, um reforço que se revela sempre qualitativo; e ao mesmo tempo quantitativo, desde que a garantia real seja constituída por terceiro*<sup>57</sup>.

As garantias de natureza real conhecidas, que podem ser legais ou convencionais, conforme provenham da lei ou do contrato, são o **(I)** penhor<sup>58</sup> (*vinculação ao débito de um bem móvel, suscetível de alienação, com a transferência da posse*), **(II)** a hipoteca<sup>59</sup> (*direito real de garantia de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem a transferência da posse*) e a **(III)** anticrese<sup>60</sup> (*transferência ao credor da posse de determinado bem imóvel, pertencente ao devedor ou a terceiro, que poderá utilizar do mesmo, retirando dele todos os seus frutos e rendimentos para satisfação da dívida*), no direito brasileiro, podendo ainda ser acrescida a **(IV)** alienação fiduciária em garantia<sup>61</sup> (*transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou de um bem imóvel, como garantia de seu débito*) e, no direito português, além das duas primeiras, os **(a)** privilégios creditórios<sup>62</sup> (*faculdade conferida por lei, em atenção à causa do crédito, a certos credores, independentemente do registro, de serem pagos com preferência a outros*), **(b)** o direito de retenção<sup>63</sup> (*garantia concedida ao devedor que possua crédito com seu credor decorrente de despesas feitas com a coisa que esteja obrigado a entregar, ou decorrente de danos por ela causados*) e a **(c)** consignação de rendimentos<sup>64</sup> (*afetação dos*

<sup>57</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 883

<sup>58</sup> Art. 1.431, CCB e ARTIGO 666º, CCP

<sup>59</sup> Art. 1.473, CCB e ARTIGO 686º, CCP

<sup>60</sup> Art. 1.506, CCB

<sup>61</sup> Arts. 1.361 e 1.368-A, CCB

<sup>62</sup> ARTIGO 733º, CCP

<sup>63</sup> ARTIGO 754º, CCP

<sup>64</sup> ARTIGO 656º, CCP

*rendimentos de determinados bens imóveis ou móveis sujeitos a registro à garantia do cumprimento de obrigações, sejam estas principais, de juro ou ambas).*

As garantias de natureza pessoal, ou fidejussória, trazem ínsitas em seu conceito o reforço patrimonial, considerando que os bens do garantidor ficam vinculados ao cumprimento da obrigação assumido pelo garantido, dando a ideia, ainda que falsa, de caráter real.

Plenamente justificável este entendimento, uma vez que a garantia pessoal é aquela prestada por terceira pessoa, normalmente alheia ao negócio, e que assume, em regra de forma graciosa, a satisfação da dívida em caso de inadimplência do devedor originário, vinculando assim todo o seu patrimônio, salvo as exceções legais, ao crédito a ser satisfeito.

*Assim, õdizem-se garantias pessoais aquelas em que outra ou outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação*<sup>65</sup>, conforme esclarece Mário Júlio de Almeida Costa, acrescentando ainda que *õhá, portanto, um reforço quantitativo da garantia do credorõ*.

São garantias de natureza pessoal, para o direito brasileiro, a **(I)** fiança<sup>66</sup> (*contrato acessório pelo qual alguém garante ao credor, de forma subsidiária, a satisfação de certa e determinada obrigação assumida pelo devedor caso este não a cumpra*) e o **(II)** aval<sup>67</sup> (*ato cambial autônomo pelo qual o avalista garante, de forma solidária, o cumprimento das obrigações do avalizado*) e, para o direito português, estas duas e mais a **(a)** garantia autónoma (*garantia normalmente prestada por uma instituição bancária ou financeira de satisfação de uma obrigação assumida por terceiro, independentemente da validade ou eficácia desta obrigação*) e a **(b)** carta de conforto (*garantia pela qual uma sociedade-mãe (controladora) mediante a emissão de uma "carta" garante ao credor de sua controlada (sociedade-filha), o pagamento do débito desta última*).

### 2.3. Garantias decorrentes do contrato de locação

<sup>65</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 881

<sup>66</sup> Art. 818, CCB e ARTIGO 627º, CCP

<sup>67</sup> Art. 897, CCB e ARTIGOS 30º A 32º, LULL e 25º a 27º, LUC

Como qualquer negócio de natureza contratual, a locação estabelece direitos e obrigações para os contratantes, sendo certo que também aqui haverá um crédito coberto pela garantia geral e, portanto, garantido pelo patrimônio do devedor, podendo as partes, licitamente, estabelecer outras garantias de reforço ao cumprimento da avença.

Para tanto foram estabelecidas as garantias possíveis e admissíveis no contrato de locação, que podem ser livremente estipuladas pelas partes contratantes, mediante a opção por qualquer uma delas.

O direito brasileiro dedicou especial atenção ao tema, criando uma legislação própria para reger as locações de imóveis urbanos, cuja disciplina encontra-se na Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, com regramento específico para o tema de garantias locatícias, como se confere na seção VII em seus artigos 37<sup>68</sup> e seguintes.

Admite a norma legal quatro espécies de garantia possíveis no contrato de locação de imóveis urbanos, a saber: **(I)** *caução (podem ser objeto desta modalidade de garantia locatícia bens móveis, imóveis, títulos e ações e também moeda corrente, condicionada a eficácia das cauções mobiliárias e imobiliárias submetidas a prévio registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou ao Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição, respectivamente);* **(II)** *fiança (contrato acessório em que determinada pessoa, alheia à relação locatícia, garante a obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra, cuidando-se de garantia de natureza pessoal, cujo fundamento maior é a confiança);* **(III)** *seguro de fiança locatícia (modalidade de garantia prestada por companhias de seguro contratadas às expensas do próprio locatário, tendo por objeto a locação por tempo determinado ou indeterminado, podendo compreender apenas os locativos, ou outras verbas, tais como condomínio, danos e multa, dependendo da contratação, que poderá ser anual ou plurianual, mediante o pagamento do prêmio, sendo partes nesta operação a seguradora, o segurado que equivale ao locador e o garantido, que é o locatário);* e **(IV)** *cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (estabelecido com a cessão a favor do locador da propriedade resolúvel do fundo (título de capitalização), que pode ser cedido pelo próprio locatário ou terceiro, esta forma de garantia é praticamente letra morta, posto não ser utilizada nos contratos locatícios, em decorrência mesmo da complexidade para sua adoção, fruto da falta de familiaridade com o mercado financeiro e ainda as dificuldades*

---

<sup>68</sup> Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia. IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

operacionais, dado que os rendimentos do fundo devem ser devolvidos ao locatário ao final do contrato).

Cuida-se de enumeração taxativa ó *numerus clausus* ó, com o propósito de evitar abusos na celebração do contrato, sobretudo decorrente do poderio econômico exercido, em regra, pelo senhorio em detrimento do inquilino, implicando com isto que se outras mais onerosas forem estabelecidas não terão eficácia, por contrariar preceito de ordem pública, "não se admitindo qualquer outra, além das que estão referidas no art. 37, sob pena de nulidade da cláusula"<sup>69</sup> como adverte Sylvio Capanema de Souza. Significa, com isto, que não se admitem outras modalidades de garantias no contrato de locação, senão as expressamente previstas em lei, tolerando-se, entretanto, variações na prestação das mesmas, desde que não desvirtuem a sua essência.

Conforme colhe-se da lição de Maria Helena Diniz "a enumeração da Lei inquilinária é taxativa; o locador, portanto, não poderá exigir outra além das arroladas. Se estipular no contrato locativo alguma caução mais vantajosa ou onerosa, essa cláusula não terá validade, por contrariar comando de ordem pública"<sup>70</sup>.

Desta forma, a cobrança antecipada do aluguel, ou renda, salvo nas hipóteses legais (*locação sem garantia*<sup>71</sup> ou *locação por temporada*<sup>72</sup>), constitui modalidade de garantia locatícia e, por isto mesmo, vedada, sendo ineficaz a cláusula contratual que contiver tal previsão.

De sua parte, o direito português não estabelece garantias específicas a serem dadas em contratos de locação, podendo as partes contratantes, no exercício da liberdade contratual, consagrada no princípio da autonomia da vontade e amparada pelo artigo 405<sup>73</sup> do Código Civil Português, estabelecer as garantias contratuais que melhor lhes aprouver, sem

---

<sup>69</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. A Nova Lei do Inquilinato Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 146

<sup>70</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163

<sup>71</sup> Art. 42. Não estando a locação garantida por qualquer das modalidades, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo.

<sup>72</sup> Art. 49. O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato.

<sup>73</sup> ARTIGO 405º (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

limitação de qualquer ordem, observadas apenas as restrições legais e os princípios da boa-fé e da supremacia da ordem pública.

Neste sentido esclarece Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que *õa obrigação de pagamento da renda pode, nos termos gerais, ser objecto de qualquer garantia que as partes venham a estipular para a hipótese de incumprimento pelo locatário. (...) Trata-se, neste caso, de uma caução de fonte negocial, pelo que o art. 624º, nº 1, admite que ela seja prestada por qualquer garantia, real ou pessoal*<sup>74</sup>.

Traço semelhante tem-se no fato de ser a fiança a forma mais comumente usada como garantia nos contratos de locação, sendo a mais frequente tanto no Brasil quanto em Portugal, conforme esclarece Sílvio de Salvo Venosa, para quem *õa fiança é sem dúvida a forma tradicionalmente mais utilizada nas locações*<sup>75</sup>, e Luís Manuel Teles de Menezes Leitão informando que *õa forma mais comum de garantia do pagamento das obrigações do arrendatário é, no entanto, a prestação de fiança, com renúncia do fiador ao benefício da excussão*<sup>76</sup>.

### **2.3.1. Vedação de duplicidade de garantias**

Figura prevista na legislação brasileira que rege as relações locatícias, e sem paralelo no direito português, é a impossibilidade de duplicidade de garantias, vedada a estipulação, em um mesmo contrato de locação, mais de uma modalidade de garantia, conforme expressamente estabelece o parágrafo único<sup>77</sup> do artigo 37 da Lei de Locações.

A restrição, embora configure limitação à autonomia da vontade, em claro dirigismo contratual, encontra justificativa na proteção do elo mais fraco na relação contratual, no caso o inquilino, considerado que o rendeiro, no mais das vezes, encontra-se em

---

<sup>74</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 329

<sup>75</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 163

<sup>76</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 329

<sup>77</sup> Art. 37. (...) Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

posição de privilégio, posto que detentor de bens a que grande parcela da população somente tem acesso através da locação. Desta forma, busca-se evitar abusos por parte de quem, em determinadas situações, prefere deixar o imóvel fora do mercado a dar ao mesmo a destinação social adequada, ferindo assim princípio maior de que a propriedade deve ser exercida em razão de sua função social<sup>78</sup>.

Ao tratar do tema, Sylvio Capanema de Souza explica que *õseguindo a tradição das leis pretéritas, a atual vedou a adoção de mais de uma modalidade de garantia, num mesmo contrato de locação. Com isto se procura não onerar, em demasia, o pretendente à locação. Cabe, então, às partes fazer a opção por uma das modalidades oferecidas, cabendo o direito de escolha ao locador*<sup>79</sup>. E vai além, esclarecendo que *"muitos imaginam que a concordância do locatário, ao firmar o contrato onde constem duas modalidades de garantia, afastaria a vedação legal. É evidente que não. A norma é cogente, e a sanção da nulidade está cominada de maneira expressa. Sendo nula a cláusula, é tida como inexistente, não produzindo qualquer efeito jurídico, pelo que a assinatura do locatário não traduz concordância"*.

Em razão desta vedação legal surge a natural indagação sobre a possibilidade de se estabelecer uma garantia para o crédito decorrente da renda e outra abrangendo as obrigações resultantes dos demais encargos, v. g., impostos, contas de energia elétrica, água, condomínio, dentre outras. A resposta, à evidência, deve ser negativa, considerando a natureza taxativa da norma, que proíbe mais de uma garantia em *um mesmo contrato* de locação. Sylvio Capanema de Souza oferece resposta à indagação esclarecendo que *õjá fomos consultados, de certa vez, se seria lícito garantir a obrigação de pagamento pontual do aluguel através de caução em dinheiro, e a de conservar o imóvel, por meio de fiança. A resposta é negativa, já que a lei veda a duplicidade "num mesmo contrato". Estabelecendo o contrato dupla garantia, a cláusula que assim dispõe, como se viu, é nula, o que, entretanto, não afetarã o restante do contrato. Fica, assim, a locação sem garantia, podendo o locador,*

---

<sup>78</sup> Art. 5º, inciso XXIII, CFB. A propriedade atenderã a sua função social; Art. 1.228, CCB. (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonãncia com as suas finalidades econõmicas e sociais (...); Art. 2.035, CCB. (...) Parãgrafo único. Nenhuma convenção prevalecerã se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Cõdigo para assegurar a função social da propriedade e dos contratos; ARTIGO 334º, CCP (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econõmico desse direito.

<sup>79</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. A Nova Lei do Inquilinato Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 146/147

*então, notificar o locatário para oferecê-la, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se ao despejo*<sup>80</sup>.

Utilizando o escólio de Maria Helena Diniz, depara-se com a gravidade do comportamento daquele que exige, em um mesmo contrato de locação, mais de uma garantia, tipificada que foi tal conduta como contravenção penal, anotando que *o só será permitida uma garantia em cada avença locatícia; logo, não poderá haver cláusula que ofereça ao locador mais de uma garantia. A lei proíbe a cumulação de mais de uma garantia num mesmo contrato de locação, sob pena de nulidade (RT, 601:161). E, além disso, constituirá contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do inquilino, a exigência de mais de uma modalidade de garantia locatícia num mesmo contrato de locação*<sup>81</sup>.

A própria Lei de Locações cuidou de estabelecer, em seu artigo 43, inc. II<sup>82</sup>, como ilícito penal, passível de punição com pena que pode chegar a seis meses de prisão, a exigência de mais de uma garantia em um mesmo contrato de locação.

Bem por isto já adverte Sílvio de Salvo Venosa que *o (...) o simples fato de ter havido mais de uma garantia concomitante típica, em tese, a infração. Aqui também poderão ser sujeitos ativos da conduta punível não só o locador, mas também seus mandatários e administradores. Pune-se a conduta considerada nociva, e a lei prescinde de qualquer resultado. Portanto, a exigência de mais de uma garantia não apenas se reveste de características próprias de abuso de direito, como atinge o foro da falta penalmente punível*<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. A Nova Lei do Inquilinato Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 147

<sup>81</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 151

<sup>82</sup> Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário: (...) II - exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação;

<sup>83</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 188

### 3. CONTRATO DE LOCAÇÃO

O maior anseio de qualquer família é, sem qualquer dúvida, possuir um local em que possa habitar, onde consiga estabelecer uma moradia, constituindo um dos bens mais valiosos do ser humano, após a vida e a saúde. Construiu-se no Brasil o sonho da casa própria<sup>84</sup>, sonho este que habita o imaginário de todos os povos, considerando-se a necessidade, desde tempos imemoriais, de um local para se abrigar das intempéries naturais e dos perigos e ameaças constantes. A casa é o porto seguro a retornar ao final do dia após o labor diário. Muitas vezes a casa<sup>85</sup> acaba não constituindo um verdadeiro lar<sup>86</sup>, mas ainda assim oferece proteção e segurança. A construção do lar depende das pessoas que habitam a casa, mas esta, se não for própria, deverá ser cedida. A família, então, deve contar com a disponibilização, por outrem, de determinado imóvel onde possa fazer sua morada e erigir seu lar. A fórmula encontrada para satisfação deste concurso de vontades originou o contrato de locação, em que alguém cede a outrem o direito de usar um bem mediante pagamento de uma renda.

Pode-se conceituar o contrato de locação, portanto, como sendo aquele em que uma pessoa cede à outra o direito de uso e gozo de determinada coisa, mediante prévio ajuste de remuneração em contrapartida. Nas palavras de Orlando Gomes, *o locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não fungível*<sup>87</sup>.

A locação pode ter como objeto bens imóveis urbanos, a prestação de serviços ou a execução de determinada obra ou trabalho, como se verá adiante, importando ao presente tema, entretanto, apenas a locação de imóveis urbanos, uma vez que a exceção à regra da impenhorabilidade do bem residencial do fiador encontra-se na lei de locações de imóveis urbanos.

Assim, dos ensinamentos de Clóvis Beviláqua extrai-se que *o locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração, que a outra paga, se compromete*

---

<sup>84</sup> “Quem casa quer casa” (Adágio popular e peça de Luís Carlos MARTINS PENA, escrita em 1845)

<sup>85</sup> Construção destinada à habitação.

<sup>86</sup> Construção de valores e princípios.

<sup>87</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 305

*a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, ou o uso e gozo de uma coisa infungível (locação de coisas), ou a prestação de um serviço (locação de serviços), ou a execução de algum trabalho determinado (empreitada)*<sup>88</sup>.

Extrai-se ainda, da própria legislação, a definição do que seja contrato de locação, como pode ser verificado pelo artigo 565<sup>89</sup> do Código Civil Brasileiro e pelo artigo 1022<sup>90</sup> do Código Civil Português.

Anota Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que *desta definição resulta logo que o contrato de locação se caracteriza por uma específica prestação: a de proporcionar a outrem o gozo de uma coisa corpórea, bem como pela estipulação de uma contrapartida pecuniária para essa obrigação. Para além disso, a locação caracteriza-se pelo seu carácter transitório, uma vez que apenas pode ser celebrada por período temporário*<sup>91</sup>.

### 3.1. Origem e evolução histórica

O contrato de locação finca suas raízes no direito romano, em que a *locatio conductio* conhecia três espécies. A *locatio conductio rei*, que cuidava da locação de coisas, mediante a cessão de uso, pelo locador ao locatário, de um determinado bem; a *locatio conductio operarum* tratava da locação de serviços, em que alguém se comprometia a prestar trabalho a outrem; e a *locatio conductio operis*, mediante a qual era locada a execução de determinada obra.

Tratando do tema, assevera Orlando Comes que *sob a denominação de locatio conductio, o direito romano conheceu um contrato que compreendia três espécies inconfundíveis: a locatio rei; a locatio operarum; e a locatio operis faciendi. Pela primeira, se prometia, por certa paga, uma coisa fruída. Quem concedia a coisa para ser fruída*

<sup>88</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. II, ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 289

<sup>89</sup> Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

<sup>90</sup> ARTIGO 1022º (Noção). Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.

<sup>91</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 304

chamava-se *locator*; quem a fruía, *conductor*. Denominava-se este *inquilinus*, se o prédio locado era urbano, e *colonus*, se rural. Na *locatio operarum*, obrigava-se alguém, mediante certa retribuição, *merces*, a prestar serviços, independentemente de seu resultado, enquanto na *locatio operis faciendi* não se levava em conta a razão de cada serviço a ser prestado, mas sim a execução da coisa toda<sup>92</sup>.

As relações locatícias sempre mereceram especial atenção de todas as legislações, o que não passou despercebido no Brasil e em Portugal, especialmente na terra-filha, onde a locação merece atualmente, além de regulação no Código Civil, disciplina própria através da lei de locações<sup>93</sup>.

No Brasil, conforme esclarece José da Silva Pacheco, várias são as fases a tratar da evolução do direito locatício, destacando-as, didaticamente, da seguinte forma: **(I)** Período de 1917 a 1921 ó Tendo entrado em vigor o Código Civil, suas normas sobre a locação, relações entre inquilino e locador, aluguel e retomada, prevaleceram até o final de 1921, quando foi editada a primeira lei especial sobre a matéria. Nesse período o Estado não assumiu qualquer posição intervencionista, uma vez que prevaleciam: a) liberdade contratual; b) as idéias do liberalismo econômico do século XIX; c) a noção do direito absoluto de propriedade. **(II)** Período de 1922 a 1930 ó Com a edição da Lei 4.403, de 22.12.1921, iniciou-se, como consequência dos problemas gerados pela Primeira Grande Guerra, a intervenção do Estado no campo das locações. Tinha-se em vista controlar o aluguel, admitir a prorrogação cogente da locação e evitar o despejo indiscriminado ou a denúncia vazia. Embora de estrutura acentuadamente rural e agrícola, o país já sentia os efeitos da incipiente urbanização. **(III)** Período de 1930 a 1942 ó Embora se diga que houve um retorno às regras do Código Civil, em face da recessão econômica que trouxe amplo número de habitações urbanas desocupadas, o certo é que, nesse período, instituiu-se, de forma clara, a locação comercial, pelo Dec. 24.150, de 20.04.1934. Regulou, com vigência duradoura, as condições e o processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais. Por outro lado, admitiu a denúncia, a qualquer tempo do contrato, pelo locatário que fosse militar ou funcionário, consoante o Dec.-lei 19.573, de 07.01.1931. **(IV)** Período de 1942 a 1950 ó Durante e após a Segunda Grande Guerra surgiram inúmeras leis sobre as locações, visando impedir o aumento dos aluguéis e

<sup>92</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 302

<sup>93</sup> Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991

as denúncias vazias, inclusive o Dec.-lei 7.959 de 17.09.1945, sobre locação de teatros, só revogado pela Lei 6.649/79. (V) Período de 1950 a 1964 ó A Lei 1.300, de 28.12.1950, depois sucessivamente prorrogada com alterações, dominou todo o período, tendo merecido os mais amplos comentários de eméritos doutrinadores, tais como Luiz Antonio de Andrade, Eduardo Espínola Filho, Agostinho Alvim e outros que, até hoje, são dignos de consulta. (VI) Período de 1964 a 1979 ó Foi dominado pelas seguintes leis: a) a Lei 4.494, de 25.11.1964, que nasceu com o fito de regular a locação e resolver o problema no período de dez anos, distinguindo as locações existentes e as novas; b) a Lei 4.864, de 29.11.1965, art. 17, que excluiu as locações dos imóveis novos do âmbito daquela Lei; c) o Dec.-lei 4, de 07.02.1966; d) o Dec.-lei 6, de 14.04.1966; e) o Dec.-lei 322, de 07.04.1967; f) a Lei 5.334, de 12.10.1967; g) a Lei 5.441, de 24.05.1968; h) o Dec.-lei 890, de 26.09.1969; i) as Leis 6.146, de 29.11.1974; 6.014, de 27.12.1973; 6071, de 03.07.1974; 6.239, de 19.09.1975; e 1.534, de 13.04.1977. É marcado pela tendência a se estimular a construção, com a liberalização do aluguel, para que fosse corrigido e atualizado. (VII) Período de 1979 a 1991 - Este período se iniciou com a edição da Lei 6.649, de 16.05.1979, logo alterada pela Lei 6.698, de 15.10.1979, com as Leis 7.069/82, 7.335/85, Dec.-lei 2.065/83, Decretos-leis 2.283, de 27.02.1986, e 2.284, de 10.03.1986. Seguiram-se, nesse período, a Lei 7.538, de 24.09.1986, o Dec.-lei 2.290, de 21.11.1986, o Dec.-lei 2.322, de 26.02.1987, o Dec.-lei 2.335 de 12.06.1987, a Lei 7.612, de 09.07.1987, a Lei 7.730, de 31.01.1989, a Lei 7.777, de 19.06.1989, a Lei 7.801, de 11.07.1989, a Lei 8.030, de 12.04.1990, a Lei 8.157, de 03.01.1991, e a MedProv 391, de 03.01.1991, o Projeto 4/91, inteiramente vetado, a MedProv 295, de 31.01.1991, e a Lei 8.178, de 01.03.1991. Foi inteiramente dominado pela tendência ao controle e congelamento do aluguel e pela suspensão ou sustação do despejo. (VIII) Período de 1992 em diante - Com a edição da Lei 8.245, de 18.10.1991, para entrar em vigor em 20.12.1991, no final do ano de 1991, inicia-se novo período com predomínio dessa lei, que englobou as locações residenciais, comerciais e não residenciais em geral, distinguiu múltiplas modalidades locatícias e facultou a consideração do despejo como causa cível de menor complexidade, nos termos do art. 98, I, da CF de 1988. Desse modo, propiciou que as ações de despejo pudessem ser julgadas por juizados especiais de pequenas causas, com julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau, nos moldes da Lei 7.244, de 07.11.1984. Editou-se, também, a Lei 8.494/92 em relação aos critérios de reajuste da locação residencial, a que se refere o parágrafo único do art. 17 da lei 8.245/91<sup>94</sup>.

<sup>94</sup> PACHECO, José da Silva. Tratado das Locações, Ações de Despejo e outras. 10 ªed., São Paulo: RT, 1998, p.

Na terra-mãe, idêntica preocupação aflige o legislador, estabelecendo regramento para a locação no Código Civil, na Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o novo regime do arrendamento urbano (NRAU), e ainda na Lei nº 31/2012, de 14 de agosto, que procedeu à revisão do regime jurídico do arrendamento urbano. As duas leis promoveram alterações no Código Civil e no Código de Processo Civil na parte que trata da matéria, e a última originou ainda modificações na primeira.

Destaca Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, de forma prática, o regramento legal vigente em Portugal tratando do tema, expondo que *õno âmbito do título dos contratos em especial, constante do Livro II ó Direito das Obrigações do Código Civil, a locação encontra-se referida nos arts. 1022º a 1063º, correspondendo à figura da **locatio conductio rei** do Direito Romano. Originariamente o regime da locação no Código Civil abrangia ainda os arts. 1064º a 1082º, relativos ao arrendamento rural e os arts. 1183º a 1120º, relativos ao arrendamento urbano e rústico não rural. As disposições do Código Civil que tratavam do arrendamento rural vieram, porém, a ser revogadas pelo D.L. 201/75, de 15 de abril de. Actualmente, o regime do arrendamento rural consta do D.L. 294/2009, de 13 de outubro. Já a matéria do arrendamento urbano e rústico não rural veio a ser revogada pela alínea a) do nº 1 do art. 3º do D.L. 321-B/90, de 15 de outubro, que aprovou o Regime do Arrendamento Urbano (RAU), sucessivamente alterado pelo D.L. 278/93, de 10 de agosto, D.L. 275/95, de 30 de setembro, D.L. 64-A/2000, de 27 de fevereiro, que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), voltou a reintroduzir essa matéria no Código Civil. Em matéria de arrendamento urbano, para além dessa lei, há ainda que contar com os diplomas complementares constantes dos Decretos-Leis 156/2006, 157/2006 (este alterado pelo Decreto-Lei 306/2009, de 23 de outubro), 158/2006, 159/2006, 160/2006, e 161/2006, todos de 8 de agosto<sup>95</sup>.*

### 3.2. Natureza jurídica

O contrato de locação, por sua distinção jurídica, como observa S. J. de Assis Neto, é tido como *õoneroso, consensual (depende apenas do consenso para criar a*

<sup>95</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 303/304

*obrigação), não solene, comutativo e de trato sucessivo*<sup>96</sup>. Acresça-se, ainda, cuidar-se de contrato bilateral e de natureza pessoal.

Diz-se **oneroso** porque cada uma das partes busca para si a obtenção de determinada vantagem (*auferimento de rendas ó locador, e usufruto e gozo da coisa locada ó locatário*); **consensual**, considerando que necessita somente da aceitação das partes para a sua constituição e, embora o locador tenha que entregar a coisa locada, esta não é essencial para a formação do contrato, considerando que a tradição integra a fase executiva; **não solene**, uma vez que a lei não exige forma especial para a sua constituição, deixando ao livre arbítrio das partes as cláusulas a serem estabelecidas, podendo ser inclusive verbal; **comutativo**, por serem as vantagens visadas por cada contratante recíproca e previamente conhecidas por cada uma no momento da contratação; **de trato sucessivo**, por ser de relação duradoura, ou execução continuada, renascendo continuamente, em razão do pagamento não significar o seu fim, mas apenas representativo de determinada parcela; **bilateral**, pois cria obrigações recíprocas para ambas as partes (*cessão da coisa locada ó locador, e pagamento da renda - locatário*); **pessoal**, tendo em vista que gera um direito de crédito, não atingindo, contudo, terceiros que não fizeram parte da relação locatícia, mas não configura direito de natureza personalíssima, tanto que admite a transmissão de direitos e obrigações.

Discorrendo sobre o tema, ilustra Caio Mário da Silva Pereira que *õna sua caracterização jurídica, diz-se que a locação é um contrato pessoal, bilateral, oneroso, consensual e de execução sucessiva. É um contrato pessoal, no sentido de que gera um direito de crédito. Mesmo quando, por força de convenção ou de lei, ocorre o dever de respeitá-la o terceiro adquirente, não chega a constituir um ônus real. Mas não chega a ser personalíssimo, porque não se constitui intuitu personae; ao contrário, a sua transmissibilidade a terceiros, por ato entre vivos ou mortis causa, é prevista e regulada em lei. É um contrato bilateral, porque gera obrigações para ambas as partes. Oneroso, proporciona vantagens e benefícios e benefícios para os contratantes, ambos os quais têm direito à respectiva prestação. Diz-se consensual porque se forma pelo só acordo de vontades; a tradição da coisa diz respeito à sua fase executiva; e a forma não lhe é essencial.*

---

<sup>96</sup> NETO, S. J. de Assis. Curso Básico de Direito Civil, vol. II, Obrigações e Contratos. Niterói: Impetus, 2009, p. 245

*De execução sucessiva, porque renasce continuamente, não se extinguindo com o pagamento que tem apenas o efeito de solver o débito relativo a um certo período*<sup>97</sup>.

Para Washington de Barros Monteiro, *õsãõ bilaterais, porque ambas as partes se obrigam reciprocamente, onerosos, porque cada uma delas busca para si a obtenção de determinada vantagem, comutativos, porque as mútuas vantagens visadas pelos contratantes são equivalentes e conhecidas desde o início do contrato, e consensuais, porque não dependem de forma especial, salvo em casos muito especiais*<sup>98</sup>.

### **3.3. Espécies e elementos**

Conforme antes exposto, a locação pode ser de coisas, de prestação de serviços, ou de execução de determinada obra ou serviço, conforme aliás disciplinava o Código Civil Brasileiro de 1916<sup>99</sup>. As duas últimas modalidades, no entanto, acabaram por ser absorvidas por outras normas, a primeira pela legislação aplicável aos contratos de trabalho, sendo inteiramente regida pela CLT ó Consolidação das Leis Trabalhistas. De sua parte, a locação de obras ou serviços deixou o capítulo destinado à locação no atual Código Civil Brasileiro para integrar capítulo próprio que cuida do contrato de empreitada.

Tem-se, pois, que a locação no regime anterior era de coisas (bens móveis, disciplinada pelo Código Civil de 1916, em seus artigos 1.188 e seguintes, bens imóveis urbanos, regulamentada pela Lei 8.245/91 ó Lei de Locações, e de prédios rústicos ou rurais, tratada pelo Decreto 59.566/66 e pelo Estatuto da Terra, em seus artigos 95 e seguintes), locação de serviços (regulamentada pelo Código Civil de 1916, em seus artigos 1.216 e seguintes) e locação de obra, ou empreitada (regulada no Código Civil de 1916, em seus artigos 1.237 e seguintes).

No atual regime, entrementes, vigora apenas a locação de coisas, seja de bens móveis ou imóveis, sendo a locação de bens móveis disciplinada no Código Civil vigente e a

---

<sup>97</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 186/187

<sup>98</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 145

<sup>99</sup> Arts. 1.188, 1.216 e 1.237, CCB de 1916

locação de imóveis pela Lei 8.245/91 ó Lei de locações (quando se tratar de imóveis urbanos) e pelo Estatuto da Terra e Decreto 59.566/66 (nos casos de prédios rústicos ou rurais).

Ao tratar da questão, César Fiuza anota que *"o Código Civil de 2002 dispôs da matéria de forma diferente. Ao que parece, deixou de considerar a prestação de serviço e a empreitada como espécies de locação, regulando-as após o contrato de empréstimo. Em outras palavras, fez-se questão de separar esses dois contratos da locação de coisas. Assim, pode-se dizer que, hoje, em nosso Direito Codificado, existem apenas as modalidades de locação de coisas: a locação de bens móveis, que se regula pelo Código Civil; a locação de prédios rústicos (imóveis rurais), que continua regulando-se pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto 59.566/66; e a locação predial urbana (imóveis urbanos), que continua sob a égide da Lei 8.245/91"*<sup>100</sup>.

Desta forma, vigora atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas a locação de coisas, que pode ser de bens móveis ou imóveis, esta última de imóveis urbanos ou imóveis rústicos (imóveis rurais), pois como afirma Sílvio de Salvo Venosa *õa prestação de serviços no direito moderno, também tratada por nossos códigos, foi na maior parte absorvida pelo contrato de trabalho, com princípios autônomos dentro do chamado direito trabalhista e social. A locação de obra redundou no contrato de empreitada*<sup>101</sup>.

Para o direito lusitano, por igual, podem ser objeto de aluguel as coisas móveis e imóveis, disciplinando o Código Civil Português o regime jurídico geral do contrato de locação, que estabelece ainda a possibilidade de locação de coisas incorpóreas, conforme lembra Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ao elucidar que *õnos termos do art. 1023º, podem ser objecto de locação tanto as coisas imóveis como as móveis, denominando-se a locação de arrendamento no primeiro caso e de aluguer no segundo. A classificação entre coisas móveis e imóveis é, porém, uma classificação que se restringe às coisas corpóreas, sendo certo que a locação não se restringe a estas categorias de coisas. Efectivamente, podem ser objecto de locação coisas incorpóreas como o estabelecimento comercial, referido expressamente no art. 1109º*<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo, 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 514

<sup>101</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 125

<sup>102</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 314

Consigne-se, ainda, outra modalidade de locação, denominada de locação financeira em Portugal, ou arrendamento mercantil no Brasil, o *leasing*, com disciplina própria, aqui pela Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974<sup>103</sup>, e além mar pelo Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho<sup>104</sup>, entretanto sem relevância ao presente trabalho, que como já exposto ocupa-se apenas da locação predial urbana, ou locação de coisa imóvel, tratada pela Lei nº 8.245/91 e, especificamente, do contrato de fiança dela acessório e a exceção legal à regra de impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei 8.009/90.

Constituem elementos do contrato de locação, pelo que se deflui da leitura do artigo 565 do Código Civil Brasileiro e do artigo 1.022 do Código Civil Português: **a)** coisa (*res*); **b)** preço (*pretium*); e **c)** consentimento (*consensus*). Parte da doutrina inclui, ainda, como elementos do pacto locatício, o *prazo* e a *forma*, embora a legislação brasileira não imponha, como ocorre com a portuguesa, limitação de tempo para o contrato de locação, sendo a forma deste livre, admissível inclusive verbalmente, como será visto adiante.

Quanto ao primeiro elemento, não se pode perder de vista que, não obstante seja justificável definir como coisa o próprio bem dado em locação, seja móvel ou imóvel, o objeto em si da locação, como elemento essencial desta, é a transferência, pelo proprietário da coisa, do uso e gozo da mesma a um terceiro, que recebe a posse para que possa usufruir do bem como se seu fosse. Esta conclusão extrai-se do artigo 566<sup>105</sup> do Código Civil Brasileiro e do artigo 1031<sup>106</sup> do Código Civil Português, disciplinando que o locador, além da obrigação de entregar a coisa locada ao locatário em estado de uso, deve ainda mantê-la desta forma durante o período de locação.

---

<sup>103</sup> Art 1º, Parágrafo único, Lei 6.099/74. (...) Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta

<sup>104</sup> ARTIGO 1º, Decreto-Lei 149/95. Locação Financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados

<sup>105</sup> Art. 566, CCB. O locador é obrigado: I - a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário; II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa.

<sup>106</sup> ARTIGO 1031º, CCP. (Enumeração) São obrigações do locador: a) Entregar ao locatário a coisa locada; b) Assegurar-lhe o gozo desta para os fins a que a coisa se destina.

Ao discorrer sobre o tema, de forma percuciente enfatiza Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que *o primeiro elemento do contrato de locação, conforme definido no artigo 1022º é a obrigação de proporcionar a outrem o gozo de uma coisa. Essa obrigação constitui a prestação característica do contrato de locação, sendo referida no art. 1031º b) como uma obrigação de conteúdo positivo: assegurar [ao locatário] o gozo da coisa para os fins a que esta se destina*<sup>107</sup>.

Constitui principal atributo da coisa a sua não fungibilidade, o que obriga o locatário a devolvê-la no mesmo estado em que a recebeu<sup>108</sup>, salvo as naturais deteriorações consequentes de seu uso regular<sup>109</sup>, como adverte Sílvio de Salvo Venosa ao explicar que *o quanto ao objeto da coisa locada, o art. 565 adverte que se trata de bem não fungível. Isso porque incumbe ao locatário restituí-la ao locador uma vez findo o contrato, nos termos do art. 569, IV*<sup>110</sup>.

O segundo elemento, o preço, também denominado de aluguel, remuneração, renda ou retribuição, é de suma importância para a definição do contrato como locação, pois do contrário poderá configurar outra modalidade de contrato, v. g., comodato, caso a fruição da coisa seja cedida a título gratuito. O preço deve ser estipulado de forma consensual pelas partes contratantes, não podendo ser fixado de forma arbitrária por apenas um dos contratantes.

Na definição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *o último elemento essencial do contrato de locação é a retribuição. Efectivamente, a locação é um contrato essencialmente oneroso, surgindo como contrapartida das prestações do locador uma contraprestação do locatário, de pagar a renda ou aluguer (art. 1038º a)). A obrigação do*

---

<sup>107</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 306/307

<sup>108</sup> ARTIGO 1038º, CCP. (Enumeração) São obrigações do locatário: (...) i) Restituir a coisa locada findo o contrato.

<sup>109</sup> Art. 569, CCB. O locatário é obrigado: (...) IV - a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

<sup>110</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 129

*locatário tem por objecto uma prestação pecuniária de quantidade, que se caracteriza pelo seu carácter periódico*<sup>111</sup>.

Deverá ser observado, quando da fixação do preço, a proporcionalidade entre o valor do bem e daquele que será cobrado a título de aluguel, ou renda, levando-se em conta, ainda, à evidência, as condições naturais de mercado, observada a oferta e procura, cujo valor será pago de forma periódica, conforme o que for estabelecido pelos contratantes, como se extrai da lição de Washington de Barros Monteiro, para quem, *õem regra, o aluguel é pago periodicamente, mesmo porque a locação é, mais comumente, contrato de execução prolongada ou sucessiva (tempus successivum habet). Mas pode ser único e global, relativo a todo o tempo do contrato*<sup>112</sup>.

Tem-se ainda, como elemento constitutivo do contrato de locação, o consentimento, que pode ocorrer tanto de forma expressa, como tácita, subordinando-se, como acontece em qualquer contrato gerador de vínculo jurídico, à capacidade das partes. Desta forma, é capaz de locar quem tem poderes de administração, anotando-se ainda que a simples posse jurídica habilita o possuidor a alugar, como sucede no caso do possuidor de boa-fé, que usufruindo a coisa, pode locá-la. Tal ocorre inclusive na hipótese do locatário que, detendo a posse da coisa locada, pode celebrar com terceiro contrato de locação (*sublocação*), salvo disposição contratual contrária constante do contrato primitivo.

Conforme anota Caio Mário da Silva Pereira, *õo consentimento é o elemento anímico da locação, gerador do vínculo jurídico. Como em qualquer contrato, subordina-se à capacidade das partes, e pode ser viciado dos mesmos defeitos que atingem todo negócio jurídico. Não há mister, porém, capacidade de disposição, porque a locação transfere tão-somente o uso da coisa, e, assim, mesmo aqueles que não têm aptidão para alienar podem alugar, como ato de mera administração. A simples posse jurídica habilita, como a do usufrutuário, do credor anticrético, do enfiteuta, do locatário*<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 309

<sup>112</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186

<sup>113</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 193

Quanto ao prazo, como elemento do contrato de locação, mister anotar que o Código Civil Brasileiro não estabelece prazo para os contratos de locação, não obstante a Lei de locação exija, em seu artigo 3º<sup>114</sup>, a vênua conjugal se for estipulado prazo igual ou superior a dez anos para o aluguel, informando o parágrafo único que, ausente esta, a consequência é tão somente a não obrigação do cônjuge de observar o prazo excedente. Na hipótese de ser o contrato celebrado por prazo determinado, poderá ser transformando em prazo indeterminado, caso o locatário, sem oposição do locador, permaneça na posse do imóvel<sup>115</sup>, não ocorrendo limitação de tempo mesmo nesta situação.

Entretanto, a legislação lusitana estabelece limitação para o termo do contrato de locação, instituindo em seu artigo 1025º<sup>116</sup> o prazo máximo de trinta anos para a celebração do pacto. Bem por isto, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, em análise do tema, acresce como elemento do contrato de locação, o *carácter temporário*, afirmando que *o outro dos elementos essenciais do contrato de locação é o carácter temporário do gozo proporcionado ao locatário. Esta situação resulta logo da definição do art. 1022º e encontra-se expressamente determinada no art. 1025º a proibição de a locação se celebrar por mais de trinta anos, sendo reduzida a esse limite, quando celebrada por tempo superior ou como contrato perpétuo. Foi assim alterado o regime do art. 1600º do Código Civil de 1867, que se tinha mantido através do art. 2º do Decreto nº 5411, nos termos do qual a locação poderia estabelecer-se pelo tempo que aprouvesse aos estipulantes, o que levou a que se tivessem chegado a celebrar no país arrendamentos com a duração de centenas de anos*<sup>117</sup>.

Referentemente à forma, anote-se, como dantes exposto, que o contrato de locação pode ser celebrado mediante instrumento público ou particular, independentemente de seu valor, dispensando inclusive a forma escrita, como refere Caio Mário da Silva Pereira, explicando que *o não nos distanciamos neste passo do Direito Romano, que o inscrevia entre as quatro modalidades de contratos que se formavam consensu, e assentava a sua perfeição*

---

<sup>114</sup> Art. 3º, Lei 8.245/91. O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos. Parágrafo único. Ausente a vênua conjugal, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente.

<sup>115</sup> Artigos 46, § 1º e 47, *caput*, da Lei 8.245/91

<sup>116</sup> ARTIGO 1025º, CCP. (Duração máxima) A locação não pode celebrar-se por mais de trinta anos; quando estipulada por tempo superior, ou como contrato perpétuo, considera-se reduzida àquele limite.

<sup>117</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 308

*no acordo quanto à coisa e ao preço*<sup>118</sup>. O mais usual, entretanto, é sua celebração através de instrumento escrito particular.

---

<sup>118</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 194

#### 4. CONTRATO DE FIANÇA

Anote-se, de início, que a fiança representa uma forma particular de contrato, ao lado da qual inclui-se também o aval, em que uma terceira pessoa, totalmente alheia a anterior negócio jurídico celebrado, também representado por um contrato, garante o cumprimento deste. Significa dizer que determinada pessoa garante que uma obrigação assumida por outrem, caso este não a cumpra, será adimplida as suas custas, sem que tenha, normalmente, auferido qualquer vantagem, seja de que natureza for. Por isto diz-se tratar, em regra, de contrato de natureza gratuita, em que o fiador, na grande maioria dos casos por amizade, ou fundado em sentimento maior, decorrente de laços familiares, assume uma dívida que não lhe pertence, dissociando-se, assim, o débito e a responsabilidade, que constituem elementos clássicos da obrigação. Daí esta particularidade, esta tipicidade, do contrato de fiança. No contrato de fiança, geralmente, não existem direitos, mas tão somente obrigações. Não existe débito, apenas a responsabilidade por dívida de terceira pessoa.

O vocábulo fiança, originado do latim *fidere*, deriva da palavra fiar, que em sua essência significa confiar, acreditar. Exatamente por este motivo este instituto é comumente utilizado entre pessoas que nutrem mútua confiança entre si, e por isto mesmo, como dito, advém primordialmente de laços de parentesco e de amizade, que normalmente, como demonstra a experiência, são rompidos quando encerrado o negócio, gerando mágoas e feridas entre fiador e afiançado que não se curam facilmente. Remonta a tempos antigos esta constatação, que vem da sabedoria popular, advertindo as Sagradas Escrituras sobre os perigos da fiança no Livro de Provérbios<sup>119</sup>, que muitas pessoas atribuem ao grande Rei Salomão, por sua sabedoria, mas que na verdade é composto por ditos e sentenças populares.

Desta forma, tem-se que o contrato de fiança pode ser conceituado como sendo aquele em que se estabelece uma obrigação acessória de garantia de cumprimento de outra obrigação, conforme estabelece o artigo 818<sup>120</sup> do Código Civil Brasileiro e o artigo 627<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Provérbios, cap. 6, vers. 1-5. O perigo da fiança. Meu filho, se você foi fiador do seu próximo, e fez acordo com algum estrangeiro; se você se comprometeu, dando sua palavra, e ficou preso pelo que disse, você caiu em poder do seu próximo. Para se livrar, faça o seguinte, meu filho: Vá, insista e incomode o seu próximo. Não durma, não descance. Liberte-se, como a cerva da armadilha ou o passarinho da arapuca.

<sup>120</sup> Art. 818, CCB. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

<sup>121</sup> ARTIGO 627º, CCP. (Noção. Acessoriedade) 1. O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor.

do Código Civil Português, representando assim um contrato em que uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor de uma obrigação principal, caso este não a cumpra, cuidando-se de um instituto inserido no ordenamento jurídico para a proteção dos credores.

Para Mário Júlio de Almeida Costa, *õa fiança analisa-se no facto de um terceiro assegurar com o seu património o cumprimento de obrigação alheia, ficando pessoalmente obrigado perante o respectivo credor (art. 627º, nº 1). Essa responsabilização abrange, em princípio, todo o património do fiador, embora possa limitar-se a alguns dos bens que o integram, mediante aplicação do art. 602º. Observe-se, ainda, que se admite a constituição de fiança para garantia de quaisquer obrigações, derivem elas de contrato ou de outra fonte*<sup>122</sup>.

A fiança é uma espécie de garantia, constituindo, pois, segurança de cumprimento de obrigação de natureza pessoal, ou fidejussória. Sabe-se que as garantias, como dantes exposto, podem ser de natureza real ou pessoal, situando-se a fiança nesta última categoria, em que o fiador garante ao credor o cumprimento da obrigação, se o afiançado não a cumprir. Neste sentido, informa Orlando Gomes que *õa garantia pessoal deriva do contrato de fiança, cuja função económico-social consiste, precisamente, em dar nascimento à obrigação fidejussória. Há contrato de fiança quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer*<sup>123</sup>.

No pensamento de Jones de Figueiredo, *õa fiança é um contrato mediante o qual uma parte (fiador) assume para com outra, credor de determinada obrigação de terceiro (afiançado), a garantia de por ela responder caso aquele não venha adimpli-la. Essa segurança oferecida constitui contrato acessório ao principal, onde subsiste a obrigação por este garantida. É garantia fidejussória, por tratar-se de garantia pessoal, e, como tal, uma espécie do gênero garantia. A doutrina o reconhece como um contrato unilateral, em regra não oneroso, acessório, solene e intuito *personae**<sup>124</sup>.

Tenha-se em mente que a fiança, embora seja em sua índole e origem um contrato de natureza gratuita, é largamente disseminada a fiança com caráter de retribuição, ou fiança

<sup>122</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 888

<sup>123</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 492

<sup>124</sup> ALVES, Jones Figueiredo. Novo Código Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 752

remunerada, pois a gratuidade não é de sua essência, como aliás adverte Maria Helena Diniz ao afirmar que *õa gratuidade é da natureza da fiança e não de sua essência; logo, nada obsta a que o fiador reclame certa remuneração*<sup>125</sup>. Tal ocorre, v. g., nas hipóteses da fiança bancária e da fiança mercantil, através de cartas bancárias ou de empresas especializadas nesta modalidade de negócio.

Assim, embora existam discussões sobre a questão, como se verá adiante, é certo que se tem aceitado a estipulação de fiança remunerada, seja pelo próprio afiançado, seja pelo credor com quem é celebrado o contrato principal.

#### 4.1. Origem

A origem da fiança remonta à Roma antiga, sendo instituída como forma de garantia pessoal que era concedida ao *creditor* (credor) por uma terceira pessoa (fiador), com a finalidade de assegurar que a dívida garantida, originariamente devida por outrem, o *debitor* (devedor), seria solvida.

Contrato amplamente utilizado nos negócios romanos, na forma verbal, era cercado de formalismo e com grande utilidade para a concretização e garantia da prática mercantil romana, sendo o fiador, por muito tempo, considerado devedor solidário, o que justificava a exigência de pagamento da dívida por qualquer dos devedores, fosse o *debitor* (devedor) ou o *adpromitente* (fiador).

Somente na época Justinianeia passou a ser adotada a subsidiariedade da obrigação decorrente da fiança, adotando-se o benefício da excussão prévia em favor do fiador, que poderia exigir fossem primeiro executados os bens do devedor principal, para só então voltar-se o credor contra seu patrimônio.

A *stipulatio*, que era a forma do contrato de fiança, conhecia três modalidades distintas, denominadas de *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*.

As duas primeiras, mais antigas, são distinguidas especialmente pela forma, sendo utilizadas expressões próprias para cada uma delas. Assim, na *sponsio* as palavras eram:

---

<sup>125</sup> DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5

*spondeo: Idem spondesne? Spondeo*, enquanto na *fidepromissio* eram adotados os seguintes termos: *Idem lide promittisne? Promitto*.

Enquanto a *sponsio* somente poderia ser usada por cidadãos romanos, a *fidepromissio* podia também ser utilizada por estrangeiros, mas a obrigação delas decorrente não era transmitida aos sucessores do *sponsor* ou do *fidepromissor*, extinguindo-se com a morte.

Posteriormente apareceu a figura da *fideiussio*, com regras divergentes das duas anteriores, inclusive no uso das palavras, adotando-se as expressões: *Idem lide tua iubesne? Iubeo*. Podia ser aplicada a todo tipo de contrato e não sofria as limitações de responsabilidade que enfraqueceu as duas primeiras.

#### 4.2. Natureza jurídica

A fiança constitui espécie do gênero caução ó *que pode ser designado como sendo o negócio jurídico que tenha por finalidade proporcionar ao credor uma garantia de pagamento, além da garantia genérica* ó e sua finalidade é propiciar ao credor a satisfação de dívida assumida pelo afiançado, valendo-se, caso necessário, do patrimônio do fiador, sem qualquer retribuição a este, em regra, sendo considerada uma caução de natureza fidejussória por estar fundada na fidúcia, ou seja, na confiança pessoal que o credor deposita no fiador e este no afiançado.

Pode-se afirmar, assim, que a natureza jurídica da fiança é de: **a)** contrato acessório; **b)** unilateral; e **c)** gratuito, em regra.

A acessoriedade do contrato de fiança está ligada à necessidade, para sua constituição, da prévia existência de um contrato principal, o qual irá garantir e, decorrente desta característica, seguirá o mesmo destino deste. Assim, nulo o contrato principal, também o será o contrato de fiança; extinto o principal, atingirá por igual o acessório. Como anota Orlando Gomes *õa garantia pessoal prestada com a fiança pressupõe, logicamente, outro contrato, de cuja existência e validade depende. É, portanto, um vínculo que se contrai em função de outroõ*<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 493

Extrai-se da lição de Caio Mário da Silva Pereira, decorrente deste atributo da fiança, a vedação de ser estabelecida em valor superior ao da obrigação principal e garantida, sendo possível ainda a instituição de fiança condicional, quando afirma que *é õacessório, como todo contrato de garantia, porque pressupõe sempre a existência de obrigação principal, seja esta de natureza convencional, seja de natureza legal. Como contrato acessório, e essencialmente acessório, mesmo que ajustada a solidariedade, segue a sorte do principal ó sequitur principale ó mas não há identidade entre um e outro: se a fiança não pode ser mais onerosa (in duriolem causam), pode ser inferior ao valor da obrigação garantida, como também é possível dar fiança condicional ou a termo a uma obrigação pura e simples*<sup>127</sup>.

Para João de Matos Antunes Varela, a acessoriedade constitui o principal predicado da fiança, conforme estabelece o artigo 627<sup>o</sup><sup>128</sup> do Código Civil Português, pois após a constituição da obrigação principal, tutelando o seu cumprimento surge outra, acessória, a que o fiador fica adstrito. Afirma ele que *õo fiador, ao contrário do que sucede com o terceiro que constitui uma hipoteca ou um penhor sobre os seus bens a favor do credor, é verdadeiro devedor do credor. Mas a obrigação que o fiador assume é acessória da que recai sobre o obrigado, visto que ele apenas garante que a obrigação (afiançada) do devedor será satisfeita. A obrigação que ele assume é a obrigação do devedor*<sup>129</sup>.

Decorrente desta característica de acessoriedade da fiança, conta o fiador com o benefício da excussão, em que poderá, caso não tenha a ele renunciado expressamente, solicitar que em primeiro lugar sejam executados os bens do principal devedor, como normatizam os artigos 827<sup>130</sup> do Código Civil Brasileiro e 638<sup>o</sup><sup>131</sup> do Código Civil Português, não obstante parte da doutrina inclua este benefício, também denominado benefício de ordem,

<sup>127</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 355

<sup>128</sup> ARTIGO 627º, CCP (Noção. Acessoriedade) (...) 2. A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor.

<sup>129</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. II, 7ª ed. (6ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 1997, p. 479

<sup>130</sup> Art. 827, CCB. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

<sup>131</sup> ARTIGO 638º, CCP. (Benefício da excussão) 1. Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito.

como atributo da subsidiariedade, destacado da qualidade de acessoriedade da fiança. Neste sentido destaca Mário Júlio de Almeida Costa que *õa subsidiariedade da fiança concretiza-se no chamado benefício da excussão. Consiste no direito que pertence ao fiador de recusar o cumprimento enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal; e, inclusive, depois dessa excussão, se provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor*<sup>132</sup>.

Entretanto, tem-se que a subsidiariedade da fiança deve ser entendida como integrante de seu carácter acessório, pois é este que determina ser a mesma secundária do contrato principal e, por natural, deve o fiador ser chamado para responder somente de forma secundária, quando o credor não mais possuir meios de atingir o patrimônio do devedor principal como forma de assegurar a satisfação de seu crédito. Portanto, esta subsidiariedade é traço integrante da acessoriedade, conforme aliás bem destaca o mesmo autor Mário Júlio de Almeida Costa, quando afirma que *õesta segunda característica da fiança não deve entender-se isolada da anterior. Pois, se uma obrigação é apenas subsidiária e não também acessória de outra, não haverá fiança*<sup>133</sup>.

Este, aliás, o traço acentuado a diferenciar a fiança do aval, pois neste último instituto o avalista obriga-se de forma solidária, com o principal devedor, à satisfação da obrigação assumida.

Destaca-se também como característica da natureza jurídica do contrato de fiança a sua unilateralidade, considerando que esta modalidade de pacto impõe obrigação apenas para uma das partes, atribuindo ao fiador o encargo pela satisfação de determinada dívida sem que dela tenha, em regra, auferido qualquer vantagem, ao passo que o outro contratante, o credor, perceberá apenas benefícios, em nada se obrigando para com o fiador.

Embora parte da doutrina assegure que cuida-se de contrato de natureza bilateral (*imperfeito*), sob a justificativa de que, quando o fiador paga a dívida do devedor, se sub-roga nos direitos do credor, situação em que poderá buscar o ressarcimento daquilo que gastou, ainda assim permanece o carácter unilateral do contrato, uma vez que na hipótese citada o fiador não irá buscar se reparar em razão do contrato de fiança, que se extinguiu com o pagamento, mas apenas como mero efeito deste, que o habilita a assumir a condição de credor

---

<sup>132</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 895

<sup>133</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 895

no contrato principal outrora firmado entre o devedor e o credor e do qual originou-se o contrato acessório de fiança.

Encontra-se ainda justificativa para atribuir o caráter de bilateralidade ao contrato de fiança na necessidade de diligência do credor em obter em primeiro lugar o pagamento do devedor principal, o que constituiria uma obrigação de sua parte, mas que, entretanto configura mera condição para o exercício de seu direito em relação ao fiador, anotando-se ainda que, mesmo não cumprindo esta diligência e dirigindo-se diretamente ao fiador, se este não invocar o benefício da excussão, nenhuma consequência terá.

Ao discorrer sobre esta característica da fiança, anota Orlando Gomes que a mesma *õproduz obrigações unicamente para o fiador. Mesmo a fiança onerosa é contrato unilateral, pois se efetua entre o fiador e o credor, independentemente do consentimento do devedor da obrigação principal. Sua bilateralidade é defendida, no entanto, pelos que sustentam a existência de um dever de diligência por parte do credor, que seria obrigado a obter o pagamento do devedor principal. Se é certo que deve exige-lo primeiramente deste, esse comportamento não passa de uma condição para o exercício do seu direito contra o fiador, nunca uma obrigação. Entendem alguns escritores que a fiança é contrato bilateral imperfeito, porque, se o fiador paga a dívida, se sub-roga no direito do credor, mas essa opinião assenta no pressuposto de que o contrato se realiza entre o fiador e o devedor. Insustentável, demais disso, porque, cumprida a obrigação do fiador, se extingue o contrato de fiança*<sup>134</sup>.

Outra característica marcante da fiança é sua gratuidade, pois o fiador, em regra, não obtém nenhuma vantagem decorrente do pacto assumido, não recebendo para isto qualquer remuneração ou outro benefício, seja de que ordem for, em compensação ao auxílio prestado ao afiançado. Tal ocorre, naturalmente, por cuidar-se de contrato fundado na confiança e, como tal, pressupõe relações de proximidade entre fiador e afiançado, seja decorrente de amizade ou de laços familiares.

Como aduz Antônio Ferreira Inocência *õa fiança, como ademais qualquer contrato, é benéfico ou gratuito, visto que é prestado de forma desinteressada, sem qualquer recompensa, forma de pagamento ou retribuição, com exceção da fiança mercantil ou*

---

<sup>134</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 493

*comercial*<sup>135</sup>. Por isto mesmo, conforme assevera Maria Helena Diniz, *õa gratuidade é da natureza da fiança e não de sua essência*<sup>136</sup>, o que significa dizer que pode haver fiança remunerada, seja pelo próprio afiançado ou mesmo pelo credor com quem se celebra o contrato de fiança, não obstante as críticas contrárias, ao argumento de que em tal hipótese estaria sendo celebrado, na verdade, contrato de outra natureza e não de fiança em sua essência.

Neste sentido, afirma Sílvio de Salvo Venosa que *õem razão dessas particularidades há quem sustente que a fiança, sob tal aspecto, é contrato incolor ou neutro, porque não pode ser qualificado como gratuito ou oneroso, dependendo das circunstâncias e da natureza do negócio. No entanto, como a lei não proíbe que seja oneroso, resta saber se quando estabelecida remuneração continuará regido pelas normas do contrato típico do estatuto civil, ou se surge contrato atípico*<sup>137</sup>.

Extraída da lição de João de Matos Antunes Varela tem-se o esclarecimento à dúvida, ao esclarecer que *õnão pode considerar-se essencial à fiança a gratuidade do negócio. E, por isso mesmo, a atribuição de uma remuneração ao fiador não converte a fiança num contrato típico diferente (como sucede com o comodato remunerado, que se converte em locação), nem sequer num contrato atípico ou inominado, porquanto a fiança remunerada, como a fiança bancária, por exemplo, continua a ser fiança*<sup>138</sup>.

Não é outro o pensamento de Manuel Januário da Costa Gomes, para quem *õa priori, não se mostra difícil a caracterização da fiança; sendo a existência de uma retribuição indiferente para o tipo, a fiança tout court ó o contrato fiador-credor ó tanto pode ser gratuita quanto onerosa*<sup>139</sup>.

Anote-se, por fim, a sempre lúcida lição de Pontes de Miranda, que embora admitindo a possibilidade de existência de fiança remunerada, afirma que a remuneração não

---

<sup>135</sup> INOCÊNCIO, Antônio Ferreira. Da fiança Civil e Comercial. São Paulo: Jalovi, 1982, p. 21/22

<sup>136</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, vol. 3, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 511

<sup>137</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 417

<sup>138</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. II, 7ª ed. (6ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 1997

<sup>139</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção Fidejussória de Dívida. Coimbra: Almedina, 2000, p. 391

integra a garantia fidejussória, sendo antes fato estranho à relação contratual, configurando outro negócio jurídico, elucidando que *õa onerosidade, que se atribui à fiança, não a faz fiança onerosa, é elemento estranho. Há, necessariamente, outro negócio jurídico, ainda que no mesmo instrumento, que atribui ao fiador contraprestação pelo seu ato de ser fiador. Esse é um ponto, que tem sido transcurado na doutrina, mas assaz relevante. O fiador presta a fiança. Se está vinculado a isso, ou se o devedor lhe prometera algo por esse ato, o que se passa é estranho à fiança. Ocorre o mesmo se o próprio credor deu algo ou prometeu algo para que o fiador se vinculasse*<sup>140</sup>.

É possível anotar ainda, como particularidade da fiança, a possibilidade de ser prestada ainda que contra a vontade do devedor ou mesmo sem o seu conhecimento ou autorização, nos termos dos artigos 820<sup>141</sup> do Código Civil Brasileiro e 628<sup>o142</sup> do Código Civil Português.

Admite-se, também, a fiança prestada por mais de uma pessoa, a denominada co-fiança, situação em que vários fiadores irão garantir a mesma dívida, ou cada um será responsável por uma parte dela, conforme tenha sido estabelecido no contrato celebrado, na forma prevista nos artigos 829<sup>143</sup> e 830<sup>144</sup> do Código Civil Brasileiro e 649<sup>o145</sup> do Código Civil Português. Caso o contrato não especifique, de forma clara e expressa, o valor pelo qual

---

<sup>140</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, t. XLIV, 3ª ed., São Paulo: RT, 1984, p. 112

<sup>141</sup> Art. 820, CCB. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

<sup>142</sup> ARTIGO 628º, CCP. (Requisitos) (...) 2. A fiança pode ser prestada sem conhecimento do devedor ou contra a vontade dele, e à sua prestação não obsta o facto de a obrigação ser futura ou condicional.

<sup>143</sup> Art. 829, CCB. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão. Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

<sup>144</sup> Art. 830, CCB. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.

<sup>145</sup> ARTIGO 649º, CCP (Responsabilidade para com o credor) 1. Se várias pessoas tiverem, isoladamente, affiançado o devedor pela mesma dívida, responde cada uma delas pela satisfação integral do crédito, excepto se foi convencionado o benefício da divisão; são aplicáveis, naquele caso, com as ressalvas necessárias, as regras das obrigações solidárias. 2. Se os fiadores se houverem obrigado conjuntamente, ainda que em momentos diferentes, é lícito a qualquer deles invocar o benefício da divisão, respondendo, porém, cada um deles, proporcionalmente, pela quota do confiador que se encontre insolvente.

cada fiador se obrigou, todos eles ficam solidariamente obrigados pelo total do débito afiançado.

Anote-se, ainda, que a fiança poderá ser plena ou parcial, conforme tenha sido garantida a totalidade da obrigação ou apenas parte desta, como se confere pelos artigos 823<sup>146</sup> do Código Civil Brasileiro e 631<sup>o147</sup> do Código Civil Português.

### 4.3. Espécies

A fiança pode ser: **a) legal**<sup>148</sup>, conforme resulte de dispositivo legal, ou seja, a própria lei, entendendo que determinada situação deve ser garantida, manda que seja caucionada por meio de fiança; **b) judicial**<sup>149</sup>, se resultar de determinação do juiz, seja de ofício ou a requerimento das partes; **c) convencional**<sup>150</sup>, quando for procedente da vontade das partes, manifestada por escrito, em contrato próprio ou no contrato principal que busca garantir, não valendo como fiança meras referências à idoneidade do devedor, cartas de recomendação ou, ainda, aquela que conste promessa de fazer o melhor esforço para que o devedor pague a dívida.

Nas duas primeiras modalidades de fiança, não significa que alguém será obrigado, contra sua vontade, a dar fiança em favor de outrem. Ao contrário, a determinação em tal hipótese, seja legal ou judicial, terá como destinatário aquele que será afiançado, a quem será incumbida, então, a responsabilidade por indicar fiador idôneo, conforme assevera Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, ao aduzir que *õtanto nas fianças legais quanto nas judiciais, a determinação de prestar a garantia não se dirige contra o fiador. Na realidade,*

---

<sup>146</sup> Art. 823, CCB. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

<sup>147</sup> ARTIGO 631º, CCP (Âmbito da fiança) 1. A fiança não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas, mas pode ser contraída por quantidade menor ou em menos onerosas condições. 2. Se exceder a dívida principal ou for contraída em condições mais onerosas, a fiança não é nula, mas apenas redutível aos precisos termos da dívida afiançada.

<sup>148</sup> CCB, arts. 260, II, 1.280, 1.305, par. Único, 1.400 e 1.745, par. Único; e CCP, art. 629º, 1

<sup>149</sup> CPCB, arts. 475-O, III, 475-Q, § 2º, 826 a 838, 940 e 1.166

<sup>150</sup> CCB, art. 818; e 627º, CCP

*trata-se de uma imposição ao afiançado, que deve apresentar alguém disposto a conceder fiança*<sup>151</sup>.

Em ambos os casos, anote-se, as regras a serem observadas serão as mesmas decorrentes do contrato de fiança convencional, com aplicação do mesmo regime jurídico desta, importando ao presente trabalho, contudo, somente esta última espécie, que surge da vontade das partes contratantes.

Assim, a fiança convencional, também denominada de contratual ou voluntária, irá resultar sempre de uma manifestação de vontade, através de ajuste formalizado entre as partes contratantes, que poderão, dentro da ampla liberdade contratual que lhes é conferida, estipular os termos e condições do pacto, observando sempre as limitações legais e as regras que a regem. Exemplo sempre lembrado e citado de fiança convencional é a decorrente de contrato de locação, como lembra Sílvio de Salvo Venosa, informando ser esta *o resultado de contrato escrito. Ainda que inserida em outro contrato, embora acessória, a fiança é contrato com regras autônomas, como, por exemplo, no contrato de locação, quando o fiador nele apõe sua assinatura, juntamente com locador e locatário, assumindo a garantia*<sup>152</sup>.

Dentro do conceito de fiança convencional, é possível destacar determinadas figuras comumente usuais nesta espécie de contrato, ditas modalidades especiais de fiança, como a fiança remunerada, já citada, a subfiança, a retrofiança, a fiança ao primeiro pedido e ainda a fiança *omnibus*, estas duas últimas, embora não habituais no direito brasileiro, presentes de forma frequente no direito português.

A fiança remunerada, conforme já exposto, é amplamente aceita e usual, firmando-se com a adoção da fiança bancária e mercantil. Pode ser ela contratada pela parte interessada na segurança que viabilize o negócio que irá garantir, no caso o afiançado, ou então pelo próprio beneficiário da garantia fidejussória. No Brasil, a Lei de locações<sup>153</sup> admite esta espécie de fiança e, embora confira-lhe tratamento de *o seguro fiança*, cuida-se de contrato de fiança.

---

<sup>151</sup> FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Contrato de Fiança. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73

<sup>152</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 419

<sup>153</sup> Art. 37, Lei 8.245/91. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: (...) III - seguro de fiança locatícia

Verifica-se a subfiança quando uma terceira pessoa afiança o fiador perante o credor. Constitui, em síntese, uma fiança da fiança, em que alguém, designado abonador, garante a solvência do fiador. Como informa Orlando Gomes, *õa fiança pode ter por objeto outra fiança. Chama-se subfiança o contrato pelo qual alguém afiança a obrigação do fiador. O fiador do fiador denomina-se abonador*<sup>154</sup>.

Explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que *õa subfiança consiste assim numa segunda fiança que é prestada para garantia da obrigação do fiador, estabelecendo-se um segundo nível de garantia: da mesma forma que o fiador garante a obrigação do devedor principal, o subfiador garante perante o credor a obrigação do fiador*<sup>155</sup>.

Na subfiança não há relação direta do subfiador com o devedor, mas apenas com o fiador e o credor, razão pela qual não será chamado ao cumprimento da obrigação em caso de inadimplência do devedor. Assim, somente em caso de mora do fiador será responsabilizado pelo adimplemento da dívida.

A subfiança encontra-se disciplinada no Código Civil Português em seu artigo 630<sup>o</sup><sup>156</sup>, não encontrando correspondência no Código Civil Brasileiro de 2002, embora semelhante disposição constasse no artigo 1.482<sup>157</sup> do Código Civil Brasileiro de 1916, não repetida no atual. Entretanto, a falta de regulamentação não veda a sua utilização, conforme orienta Sílvio de Salvo Venosa, explicando que *õo instituto pode admitir outra figura, o abonador da fiança. Trata-se de uma subfiança, em que o abonador garante a solvência do fiador. A figura não está obstada por não vir tratada pelo Código de 2002. (...) O Código de 2002 já não se refere ao abonador, de pouca utilização, aplicando-se ao caso, se utilizada essa figura, os princípios gerais dos subcontratos*<sup>158</sup>.

Na retrofiança tem-se um garantidor para o caso de regresso do fiador. Pode ocorrer a hipótese de o fiador ser chamado ao cumprimento da obrigação não adimplida pelo devedor, adquirindo assim o direito de regresso contra este, ou seja, poderá exigir do devedor

---

<sup>154</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 494/495

<sup>155</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 119

<sup>156</sup> Artigo 630º, CCP. (Subfiança) Subfiador é aquele que afiança o fiador perante o credor.

<sup>157</sup> Art. 1.482, CCB. Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto, neste capítulo, sobre fiança.

<sup>158</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 417

tudo quanto gastou. Não raro, entretanto o devedor não possui condições de ressarcir o fiador, sendo prova disto a sua própria inadimplência com o credor. Assim, poderá o fiador, ao prestar a fiança, exigir do devedor que constitua garantia, também para si, de que terá seu patrimônio restaurado. Neste sentido informa Orlando Gomes que *õse o fiador exige do devedor outro fiador para o caso que venha a exercer seu direito regressivo, diz-se que há retrofiança*<sup>159</sup>.

Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão *õa retrofiança consiste numa fiança destinada a garantir o eventual crédito que o fiador venha a adquirir sobre o devedor em consequência da sub-rogação legal que se opera, caso venha a satisfazer essa obrigação (arts. 644º e 592º). Efectivamente, o fiador pode, para prestar fiança, exigir que lhe seja conferida uma garantia adicional relativa ao crédito em que ficará investido no caso de vir ser chamado a cumprir a sua obrigação. A retrofiança desempenha essa função, vindo um terceiro a prestar ao fiador uma fiança relativa à obrigação do devedor resultante da sub-rogação. Assim, o retrofiador não assume qualquer vinculação perante o primitivo credor, mas apenas perante o fiador, e apenas na hipótese de ele vir a ser sub-rogado no crédito sobre o devedor*<sup>160</sup>.

A fiança ao primeiro pedido, que deve constar de cláusula do contrato, significa que o fiador, quando instado ao pagamento, deve fazê-lo de imediato, sem possibilidade de invocar, previamente, os meios de defesa que lhe são assegurados, embora possa discutir, posteriormente, por meio de ação própria, a validade e eficácia da fiança prestada, sendo transferido ao fiador, dessa forma, por meio de um mecanismo *solve et repete*, os custos do litígio.

Na lição de Manuel Januário da Costa Gomes, *õaté ao momento do pagamento, a fiança ao primeiro pedido funciona como uma garantia autónoma automática: o fiador tem de pagar ao primeiro pedido do beneficiário, só podendo invocar os meios de defesa que resultem do próprio contrato de garantia e sem prejuízo, tal qual na garantia autónoma*

---

<sup>159</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 495

<sup>160</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 120/121

*automática, das situações limite em que haja prova líquida de fraude ou de abuso do direito, situações essas em que se impõe, aliás, o dever de não pagar*<sup>161</sup>.

Quanto a acessoriedade da fiança, afirma Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que *õna fiança ao primeiro pedido as partes não abdicam da acessoriedade, mas procedem simplesmente à sua suspensão até que a fiança venha a ser acionada, renunciando o devedor a fazer valer como exceção as vicissitudes ocorridas na relação entre credor e devedor, mas não abdicando de o fazer por via de acção*<sup>162</sup>.

A fiança *omnibus*, ou fiança geral, consiste na instituição de fiança de conteúdo indeterminado, em que o fiador garante o pagamento de todas as dívidas, sem especificação, que o devedor assuma ou venha a assumir perante determinado credor, sendo por isto mesmo também chamada de fiança genérica. Assim, o objeto da fiança *omnibus* pode referir-se tanto a obrigações já constituídas como a obrigações futuras e, ante esta característica genérica que assume, suscita dúvidas quanto a sua validade, uma vez que vincula o fiador de forma quase ilimitada. A questão da validade da fiança *omnibus*, como aduz Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, deve ser resolvida à luz do artigo 654<sup>o</sup><sup>163</sup> do Código Civil Português, que trata da fiança de obrigação futura, afirmando que *õa fiança geral será assim sujeita ao mesmo regime da fiança especial de obrigações futuras, designadamente a possibilidade de libertação do fiador ao abrigo do art. 654<sup>o</sup>*<sup>164</sup>.

#### **4.4. A fiança como garantia do contrato de locação**

Rememora-se aqui a história de Damon e Fíntias, contada no capítulo 3 deste trabalho, e que pode ser considerada como garantia de natureza pessoal e verdadeira fiança. A libertação de Fíntias para que pudesse empreender viagem somente foi possível em razão de

<sup>161</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Estudos de Direito das Garantias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 163/164

<sup>162</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 122/123

<sup>163</sup> ARTIGO 654º, CCP. (Obrigação futura) Sendo a fiança prestada para garantia de obrigação futura, tem o fiador, enquanto a obrigação se não constituir, a possibilidade de liberar-se da garantia, se a situação patrimonial do devedor se agravar em termos de pôr em risco os seus direitos eventuais contra este, ou se tiverem decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte da convenção.

<sup>164</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 125/126

Damon se apresentar para ficar em seu lugar, garantindo seu retorno e sujeitando-se a ser executado em seu lugar caso não retornasse. Verdadeira garantia de natureza fidejussória e calcada na sólida amizade existente entre os protagonistas da história, mas com fundamento na confiança depositada por Damon em Fíntias, de que este honraria o compromisso assumido e retornaria, evitando assim que fosse executado.

A base da fiança é, com a exceção daquela remunerada, a confiança, situação esta que ganha maior relevância quando é prestada em contratos de locação, considerando a necessidade de moradia de quem a pede e por constituir a forma mais usual de garantia em relações de natureza locatícia.

Conforme adverte Sílvio de Salvo Venosa, mesmo prevendo a lei outras formas de garantia, permitindo livrar o pretendente à locação dos embaraços de pedir favores para a fiança, admite que *o é sem dúvida a forma tradicionalmente mais utilizada de garantia nas locações, embora a lei sugira outras, até mais eficientes. Abrindo maiores possibilidades para a caução real e para o seguro locatício, permite a lei que o pretendente locatário livre-se da situação constrangedora de pedir favores decorrentes de amizade para fiança*<sup>165</sup>.

A fiança locatícia abrange os valores decorrentes dos aluguéis e aqueles referentes às despesas acessórias ao contrato de aluguel, como as taxas de condomínio, água, energia e ainda tributos incidentes sobre o imóvel, caso convencionado, ficando o fiador, ainda, responsável pelos reparos decorrentes de danos causados ao imóvel pelo afiançado, destacando-se que a sua responsabilidade estende-se até a efetiva entrega do imóvel pelo inquilino.

---

<sup>165</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 163

## 5. PROTEÇÃO DO IMÓVEL RESIDENCIAL PRÓPRIO DO FIADOR

A função primordial da lei, como regra de comportamento geral, deve ser a regulação da conduta dos indivíduos e da sociedade, estabelecendo harmonia, conformidade e temporalidade com a realidade social, devendo para isto buscar eliminar tratamentos desiguais.

Não pode ser considerado como papel da lei, contudo, a restrição de direitos, mas sim a garantia do pleno exercício dos direitos inerentes ao indivíduo. Na lição de Frédéric Bastiat *"não é verdade que a função da lei seja reger nossas consciências, nossas ideias, nossas vontades, nossa educação, nossos sentimentos, nosso trabalho, nosso comércio, nossos talentos ou nossos prazeres. A função da lei é proteger o livre exercício destes direitos e impedir que qualquer pessoa possa impedir qualquer cidadão de usufruir desses direitos. (...) A lei é a justiça"*<sup>166</sup>.

Portanto, se a lei é a justiça, não poderá limitar, restringir ou impedir o exercício de direitos e garantias assegurados à pessoa, especialmente quando estes direitos e garantias encontram previsão na Carta Magna da nação, sob pena de cometer grave injustiça.

A Lei 8.009/90 contém normas protetivas do bem de família, justificando-se a sua instituição com a finalidade de proteger não apenas o devedor, mas principalmente, e sobretudo, sua família, por dívidas contraídas, em muitas situações, que não revertem em benefício e proveito desta, ou além, sequer trazem benefícios para o próprio devedor, como ocorre no caso da fiança, contrato, em regra, de natureza gratuita, sem qualquer proveito seja de que natureza for.

A própria Lei 8.009/90 contém as exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família, sempre com justificativa razoável e plenamente aceitável, considerando a escala de valores que deve ser observada quando encontram-se em confronto direitos antagônicos, prevalecendo, sempre, aquele de maior importância e de grau superior, como ocorre no confronto entre a preservação do bem de família, tutelado pelo direito à moradia, e a sobrevivência da pessoa, tutelado pelo direito a alimentos, devendo prevalecer, na hipótese, este último.

---

<sup>166</sup> BASTIAT, Frédéric. A Lei (tradução de Ronaldo da Silva Legey, do original *La Loi*). São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 52

Contudo, quando a lei, a pretexto de estabelecer o direito que deverá prevalecer, quebra a escala de valores imposta pelo senso comum e ditada por princípios morais e éticos, deixa de cumprir sua função primordial, de garantir a todos tratamento igual e garantir a harmonia da convivência em comunidade. Nesta situação, a lei não mais pode ser considerada como a *justiça*, como afirma Bastiat, passando a assumir grave e repugnante injustiça com determinada parcela da sociedade.

A Lei 8.009/90, ao cuidar das exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família, como será visto adiante, não se descurou de observar a escala de valores ao ressaltar as hipóteses em que são admissíveis a penhora. Contudo, olvidou-se da mesma regra ao estabelecer, como caso excepcional de afastamento da proteção legal, a possibilidade de penhora do bem de família quando cuidar-se de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Busca-se, pois, neste capítulo, demonstrar a manifesta desigualdade de tratamento contida na Lei 8.009 de 29 de março de 1990, cuja função é a de proteger o imóvel residencial próprio do devedor, mas que confere ao credor de dívida advinda de fiança prestada em contrato de locação a possibilidade de alcançar a residência do fiador, embora não o possa fazer em relação à casa própria do devedor principal. Mais do que isto, a Lei 8.009/90, neste aspecto, macula a Constituição Federal, violando normas e princípios constitucionais.

Outrossim, considerando que a questão não se coloca no direito português, não havendo no sistema jurídico lusitano norma similar com proteção ao bem de família e, em particular, tratamento diferenciado em termo de fiança locatícia, este capítulo irá ater-se unicamente à discussão instaurada no direito brasileiro, donde serão extraídos os conceitos e normas reguladoras da matéria.

## **5.1. Conceito e origem do bem de família**

Fundamentado na noção de que toda pessoa tem direito a um local para se abrigar e se proteger, que deve melhor ser interpretado como uma moradia digna, que possa satisfazer pelo menos suas necessidades básicas e vitais, cujo fundamento maior é o princípio da dignidade da pessoa humana, a grande maioria das nações, por meio de sua legislação, adota a instituição do bem de família, que consiste no patrimônio destinado a garantir a habitação da família. Segundo Álvaro Villaça Azevedo *o bem de família consiste na separação de um*

*patrimônio móvel ou imóvel, capaz de garantir a sobrevivência da família*<sup>167</sup>. Complementando este conceito, esclarecem Elpídio Donizetti e Felipe Quintella que o *ōbem de família consiste, portanto, no conjunto de bens que servem de moradia à pessoa ou à família, incluindo o imóvel com suas acessões, bem como os móveis que o guarnecem, e que não pode ser penhorado*<sup>168</sup>.

O Bem de Família, na forma em que é atualmente moldado e que serviu de base e fundamento para as demais legislações, teve suas origens nos Estados Unidos. Entretanto, já na antiga Roma é possível encontrar registros de uma instituição semelhante, como se vê na proibição de alienação do patrimônio da família, em razão da perpetuação dos bens dos antepassados, decorrente de sua natureza sacra, conforme acentua Álvaro Villaça de Azevedo, explicando que *ōno 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*<sup>169</sup>.

No decorrer da Idade Média, visando resguardar a nobreza e, por consequência, seu poderio, as terras eram consideradas como propriedade da linhagem e não poderiam ser alienadas e nem tomadas como pagamento de dívidas, não sendo dado a nenhum credor o direito de tomá-las para cumprimento da obrigação.

Nos Estados Unidos da América, a edição da Lei do *Homestead*<sup>170</sup>, no Texas, em 26 de janeiro de 1839, passou a assegurar um lar à família ou meios para seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à sua instituição. *Homestead (herdade)* possui

<sup>167</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 203

<sup>168</sup> DONIZETTI, Elpídio / QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.057

<sup>169</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família, 4ª. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 21

<sup>170</sup> *De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de fieri facias ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora. (Digest of the laws of Texas, § 3.798, apud Álvaro Villaça de Azevedo, in Bem de família, 4ª. ed., São Paulo: RT, 1999).*

o significado de *õlocal do larö* (*home, lar e stead, local*), surgida em defesa da pequena propriedade e que objetivava proteger as famílias radicadas na República do Texas, com a finalidade de garantir a colonização daquele estado.

Este, segundo Álvaro Villaça Azevedo, o momento que deu início ao Bem de Família e sua impenhorabilidade, esclarecendo que *õa lei do homestead trouxe, ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência. Logo após a anexação do Texas aos EUA, ocorrida em 1845, a Constituição Texana inseriu no seu texto que o legislador deveria proteger, por intermédio de uma lei, determinada porção de terra pertencente ao chefe de uma família contra qualquer execução, devendo o imóvel, objeto dessa proteção, não ter mais do que dois mil acres, se localizado na zona rural, e não valer mais de dois mil dólares, se na urbanaõ*<sup>171</sup>.

Partilha desta mesma opinião Maria Helena Diniz, para quem *"o bem de família voluntário é um instituto originário dos Estados Unidos ou, melhor, do Texas, onde, em 1839, editou-se o Homestead Exemption Act, e tem por escopo assegurar um lar à família ou meios para seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio (IPTU ou ITR, p. ex.), ou de despesas condominiais"*<sup>172</sup>.

Posteriormente, foram adotadas pelos americanos, em seus diversos estados, duas formas de *homestead*, sendo a primeira a formal, ou formalista, em que era necessária uma declaração formal perante o Registro de imóveis, estabelecendo que o bem encontrava-se sob o regime da *homestead*, e a segunda a legal, ou de direito, em que a proteção do imóvel era conferida pela lei. Assim, na primeira situação, a proteção decorria de ato de vontade do titular do bem, enquanto no segundo esta era desnecessária.

---

<sup>171</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família, 4ª. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 31

<sup>172</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, vol. 5, 24ª ed., São Paulo:Saraiva, 2009, p. 217

O bem de família voluntário foi inserido no Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 70<sup>173</sup>, estabelecendo que competia ao chefe de família a sua instituição, deixando, no entanto, várias lacunas, visto que a regulamentação, à época, foi precária, não obstante tenha sofrido alterações posteriores por outros diplomas legais. O Código Civil de 2002 regula a matéria de forma mais ampla, estabelecendo no artigo 1.712<sup>174</sup> a possibilidade de sua instituição, agora pelos cônjuges ou pela entidade familiar, ao passo que o artigo 1.714 dá a noção do que se pode entender por bem de família, esclarecendo que consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, cuja destinação seja, em qualquer caso, domicílio familiar, podendo ainda abranger valores mobiliários, sendo a renda aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Em análise ao instituto do bem de família voluntário, assevera João Hora Neto que *inicialmente, essa espécie de bem de família era prevista pelo Código Civil de 1916, que dele cuidava em quatro artigos (70 a 73), no Livro II, intitulado Dos Bens. Posteriormente, com o advento do Dec-lei 3.200, de 19.04.1941, foram estabelecidos valores máximos dos imóveis classificados como bem de família, limitando assim tais valores, sendo que essa limitação foi afastada pela Lei 6.742/79, possibilitando a isenção de penhora de imóveis de qualquer valor. Outros diplomas legais também trataram do tema (a Lei 6.015/73, arts. 260 a 265) e o Código de Processo Civil de 1973 (art.1218, VI). No Código Civil de 2002, o bem de família acha-se regulado os arts. 1.711 a 1.722, o qual, por seu turno, limitou o valor do imóvel a um terço do patrimônio líquido do instituidor, quando existentes outros residenciais. Em linhas gerais, o bem de família voluntário, como tal se acha regulado no Código Civil de 2002, só pode ser constituído pela vontade expressa do instituidor, via escritura pública ou testamento*<sup>175</sup>.

Posteriormente ao Código Civil de 1916, mas anteriormente ao novo Código Civil, foi instituída a Lei 8.009/90 regulando a impenhorabilidade do bem de família,

---

<sup>173</sup> Art. 70, CCB de 1916. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio

<sup>174</sup> Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

<sup>175</sup> NETO, João Hora. O Bem de Família, a Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 5, n. 29, jan. 2007, p. 180

conforme dantes exposto, adotando em nosso ordenamento jurídico, desta forma, o bem de família legal, ou involuntário.

Como se observa, o direito brasileiro adotou as duas formas de proteção ao bem de família, estabelecendo o Código Civil a formal (voluntário) e a Lei 8.009/90 a legal (involuntário), instituindo regras e condições próprias em cada modalidade, como observa Milton Paulo de Carvalho Filho, esclarecendo que *o bem de família pode ser legal (involuntário) ou voluntário. A primeira espécie decorre da vontade do Estado de proteger a família, base da sociedade, assegurando-lhe as mínimas condições de dignidade. O bem de família legal foi instituído em nosso ordenamento pela Lei 8.009/90 e tem por objeto e imóvel, rural ou urbano, que constitui a morada da família, incluindo-se todos os móveis e pertences que o guarnecem. (...) O Código Civil, por sua vez, disciplina o bem de família voluntário, aquele cuja destinação decorre da vontade do seu instituidor, integrante da própria família, visando a proteção do patrimônio contra dívidas*<sup>176</sup>.

## 5.2. A lei 8.009/90 e a impenhorabilidade do bem de família

A lei 8.009, de 29 de março de 1990, cuida da impenhorabilidade do bem de família, prevendo em seu artigo 1º que *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*, estabelecendo o parágrafo único do mesmo artigo que a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza.

O que é considerado bem de família (residência) para efeito de proteção à penhora é dito pela própria lei, normatizando em seu artigo 5º que *para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente*.

---

<sup>176</sup> FILHO, Milton Paulo de Carvalho. Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, 6ª ed., São Paulo: Manole, 2012, p. 1.995

Conforme anota Álvaro Villaça Azevedo, o bem de família constitui *um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade*<sup>177</sup>.

São tutelados pela Lei 8.009/90 e, portanto, não passíveis de penhora, o imóvel residencial próprio, urbano ou rural, que seja destinado à moradia permanente da entidade familiar, além das construções, plantações, benfeitorias, equipamentos, inclusive os de uso profissional e os móveis que guarnecem a residência. Também são objeto de proteção, os bens móveis que guarnecem o imóvel que, mesmo não sendo próprio, seja destinado à moradia, como na hipótese de imóvel locado, e sejam de propriedade do locatário. Por igual, confere a lei proteção à sede de moradia do imóvel rural com os respectivos bens móveis e mais a área respectiva, limitada ao tamanho que seja considerado como pequena propriedade rural.

A própria lei se encarregou de excluir da proteção da impenhorabilidade determinados bens, como os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, permanecendo como principal bem tutelado o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar.

Cuida a lei, ainda, das exceções admissíveis à regra da impenhorabilidade do bem de família, admitindo que seja promovida a penhora quando se tratar de dívida decorrente de créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; se proveniente de crédito oriundo de financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; quando postulada por credor de pensão alimentícia; para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; quando cuidar-se execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; se tiver sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e, finalmente, para cumprimento de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

---

<sup>177</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família e a Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 93

O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 649<sup>178</sup> também confere proteção ao bem de família, quando trata dos bens considerados absolutamente impenhoráveis, estendendo o amparo tanto ao bem de família voluntário quanto ao involuntário.

### **5.3. Polêmicas decorrentes da proteção do bem de família**

A discussão envolvendo a proteção ao bem de família e, por via de consequência lógica, a sua impenhorabilidade por dívidas de qualquer natureza, salvo as exceções legais, traz à tona interesses antagônicos, pois se de um lado encontra-se o devedor que busca salvaguardar seu patrimônio, protegendo a sua moradia e de sua família, de outro estará sempre um credor ávido pela satisfação de seu crédito, buscando a todo custo o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

Assim, é natural que sejam instauradas controvérsias sobre a interpretação dos dispositivos legais protetores do bem de família e que vedam a sua penhora, razão pela qual serão analisadas a seguir as discussões mais comuns envolvendo a questão.

A primeira divergência que surge, por natural, refere-se ao conceito do que seja entidade familiar, ou seja, daquilo que se pode entender como sendo entidade familiar para efeito de proteção da lei.

Estabelece a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 226<sup>179</sup>, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado, tratando nos dois parágrafos seguintes do casamento, para em seguida informar que também a união estável entre um homem e uma

---

<sup>178</sup> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; (...).

<sup>179</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

mulher é considerada entidade familiar para efeito de proteção do estado, o mesmo ocorrendo com a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, em análise superficial, dir-se-ia que a entidade familiar é uma comunidade formada pelos cônjuges, ou qualquer um deles, e seus descendentes, assim entendido também quando cuidar-se de união estável. Entretanto, decorrente da natural evolução do ser humano, esta estreita interpretação não prevalece, considerando a multiplicidade de configurações da família moderna, como elucida Maria Berenice Dias, para quem *o pluralismo das relações familiares é outra vértice da nova ordem jurídica que ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família*<sup>180</sup>.

Dentre as novas configurações de relação familiar é possível citar: **a) a família monoparental**, em que a relação é protegida pelo vínculo de parentesco de ascendência e descendência, constituída por um dos pais e seus descendentes; **b) a família anaparental**, em que a relação possui ligação de parentesco, mas não existe vínculo de ascendência e descendência, ocorrendo na hipótese, *v. g.*, de dois irmãos, ou primos, que vivam juntos; **c) a família pluriparental**, quando a entidade familiar surge com o desfazimento de anteriores vínculos familiares e criação de novos vínculos, como na situação de casal advindo de relacionamentos anteriores, trazendo consigo seus filhos; **d) a família eudemonista**, surgida de relações de afeto, em que cada membro da família busca a felicidade individual por meio da emancipação de seus membros; **e) a família homoafetiva**, decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, que se unem com o objetivo de constituir vínculo familiar; e **f) a família unipessoal**, composta por apenas uma pessoa, como nos casos de solteiros que vivam só.

Em qualquer destas circunstâncias deve ser conferido, sob pena de discriminação, o mesmo tratamento a qualquer espécie de família, aí incluída a monoparental e a família homoafetiva. As discussões sobre o tema, instauradas no judiciário, já se encontram praticamente superadas, consolidados que estão os entendimentos de que a proteção legal se estende também a estas situações. Quanto a primeira hipótese, o Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>180</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 4ª ed., 2007, p. 39

pacificou o entendimento por meio da súmula 364<sup>181</sup>. Com relação a família homoafetiva, esclarece Maria Berenice Dias que *“diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade”*<sup>182</sup>.

Atualmente, portanto, a doutrina e jurisprudência consideram que a impenhorabilidade decorrente da Lei 8.009/90 socorre o devedor em qualquer circunstância, não importando em que categoria se enquadre como família, garantindo a todos o direito a moradia<sup>183</sup>.

Outra importante controvérsia surge na hipótese do devedor possuir vários imóveis, desdobrando-se esta cizânia na discussão sobre o local em que deverá instituir sua moradia e o padrão desta.

Conforme dispositivo da própria Lei 8.009/90, a proteção será conferida a um único bem imóvel que constitua a residência do devedor e de sua família e, quando tiver

---

<sup>181</sup> Súmula 364, STJ. “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”

<sup>182</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 4ª ed., 2007, p. 39

<sup>183</sup> STJ, REsp 759.962/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 22/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 328). Processual Civil. Execução. Penhora. Bem de família. Ocupação unicamente pelo próprio devedor. Extensão da proteção dada pela Lei N. 8.009/90. I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (EREsp n. 182.223/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como "entidade familiar", para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para afastar a penhora.

vários imóveis, a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor<sup>184</sup>. Nesta situação, em que a lei fala em pluralidade de imóveis, deve-se considerar que eles admitam destinação residencial, aplicando-se esta disposição quando o devedor não tiver instituído o bem de família voluntário, situação em que deverá ser protegido o de menor valor. Instituído o bem de família voluntário, nos termos do que dispõe o Código Civil, será este o objeto de proteção.

Contudo, a discussão se instaura quando o devedor, possuindo vários imóveis, tenha estabelecido sua moradia permanente naquele de maior valor, não utilizando os demais como residência. Considerável corrente entende que, em tal hipótese, o dispositivo legal deve ser interpretado literalmente, cabendo ao devedor e sua família alterar o local de residência para o bem de menor valor, cumprindo o comando normativo.

Entretanto, outra corrente reconhece que nesta situação deverá prevalecer a proteção sobre o imóvel em que o devedor tenha estabelecido sua residência permanente, ainda mais se a obrigação for de valor inferior ao dos demais imóveis. Segundo este entendimento, a lei não pode fazer distinção em razão do valor do imóvel quando o devedor e sua família não utilizam os demais como residência.

Por fim, a corrente que defende a possibilidade de proteção do bem de maior valor caso seja este instituído, de forma voluntária, como bem de família, nos termos legais, quando então não estará sujeito a penhora. Contudo, nesta situação, o amparo não irá decorrer em razão da Lei 8.009/90, tendo seu fundamento no Código Civil, que prevê a instituição do bem de família voluntário.

Prevalece, contudo, a tese de que a lei, quando menciona vários imóveis utilizados como residência, o faz para diferenciar o imóvel residencial daqueles utilizados como comerciais, industriais ou agrícolas, e não para indicar que o devedor tenha várias moradias. Assim, possuindo o devedor vários imóveis, *que sejam destinados a moradia (residência)*, seja sua ou de terceiros, a proteção legal da impenhorabilidade será daquele de menor valor,

---

<sup>184</sup> Art. 5º, Lei 8.009/90. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

podendo ser objeto de constrição, assim, o imóvel de maior valor, ainda que o devedor nele esteja residindo<sup>185</sup>.

Questão também interessante e muito debatida refere-se ao padrão do imóvel destinado à moradia do devedor. Defende-se a ideia de que, sendo o imóvel de alto valor, com elevado padrão de luxo, não haveria justificativa para a proteção legal, uma vez que os credores não poderiam, em detrimento de seus créditos, que em muitas situações representa até mesmo a sua sobrevivência, admitir que o devedor usufrua de um bem que seria suficiente para o resgate de suas dívidas. A sugestão, para os defensores deste pensamento, seria excluir o bem da proteção legal e promover a sua venda para pagamento dos credores, reservando uma parcela do valor para que o devedor possa adquirir um imóvel mais modesto e que sirva de moradia para si e sua família. Neste sentido, aliás, já fora apresentado outrora Projeto de Lei na Câmara dos Deputados<sup>186</sup>, que contudo não foi aprovado, não obstante permaneça a tentativa de estabelecer, por lei, teto máximo para o valor do bem de família.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>187</sup>, contudo, sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.009/90, ao cuidar das exceções à regra da impenhorabilidade, não traz

---

<sup>185</sup> STJ, REsp 961.155/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado Em 20/05/2008, DJE 11/06/2008. Processual Civil – Embargos de terceiro – Bem de família – Impenhorabilidade – Alcance do art. 5º, Parágrafo único, da Lei 8.009/90. 1. O art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.009/90, dispõe que "na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil". 2. O legislador, ao utilizar a expressão "vários imóveis utilizados como residência", pretendeu apenas diferenciar os imóveis residenciais dos comerciais, industriais ou agrícolas sem destinação residencial. 3. Tal dispositivo reflete o caráter social da lei, garantindo moradia ao devedor e sua família, ainda que no mais humilde de seus imóveis, que deverá ser considerado impenhorável, permitindo a constrição sobre os demais. 4. A jurisprudência desta Corte, nesse ponto, não consagra interpretação mais elástica à Lei 8.009/90, sinalizando a possibilidade de considerar impenhorável o imóvel residencial de menor valor. 5. Recurso especial provido.

<sup>186</sup> Projeto de Lei nº 1683/99, da Câmara dos Deputados

<sup>187</sup> STJ, REsp 1320370/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado em 05/06/2012, DJE 14/06/2012. Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Bem de família. Lei Nº 8.009/09. Imóvel de elevado valor. Restrições à garantia da impenhorabilidade. Inexistência. 1. (...) 2. A recorrente pretende afastar o regime protetivo da Lei nº 8.009/90 sob a justificativa de que o único bem imóvel pertencente ao executado, e que serve de morada para sua família, possui valor bastante elevado, caracterizando-se como residência luxuosa de alto padrão - casa situada no bairro do Leblon, Município do Rio de Janeiro/RJ. 3. A Lei nº 8.009/90 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez. 4. Independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, essa variável não abala a razão preponderante que justifica a garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador: de modo

nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel, sendo, portanto, irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão, não cabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

Anote-se, ainda, a possibilidade de desempenhar o imóvel a dupla função de moradia e comércio. Não raro ocorrem situações em que o devedor exerce suas atividades profissionais no mesmo local em que estabelece a sua moradia. Tal fato, no Brasil, tornou-se corriqueiro nas cidades menores. Surge, então, a controvérsia sobre a proteção legal da impenhorabilidade em tal circunstância, uma vez que a lei nada prevê e estabelece como objeto de amparo apenas a moradia do devedor.

Na situação posta, a solução deve ser dada pela análise das características do imóvel. Assim, admitindo cômoda divisão, possibilitando a separação de cada parte do imóvel com destinação diversa, sem causar prejuízos à moradia do devedor, admite-se a penhora da parte comercial, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>188</sup>. Outrossim, não admitindo a possibilidade de adequada divisão, a totalidade do imóvel estará acobertada pela impenhorabilidade legal.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando a questão, admite inclusive interpretação mais elástica, reconhecendo que a pequena empresa trabalhada por grupo familiar deve ser objeto de proteção, quando sua função for a de subsistência do grupo familiar, sendo inadmissível a penhora na hipótese<sup>189</sup>.

---

inequívoco, o bem em referência serve à habitação da família. É o bastante para assegurar a incidência do regime da Lei nº 8.009/90. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

<sup>188</sup> STJ, REsp 968.907/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 01/04/2009. Civil e processo civil. Recurso especial. Bem de família. Impenhorabilidade. Andar inferior da residência ocupado por estabelecimento comercial e garagem. Desmembramento. Possibilidade. (...). - A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial. - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior. - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria em alteração na substância do imóvel. (...).

<sup>189</sup> STJ, REsp 621399/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 20/02/2006, p. 207. Processual Civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal movida em face de bem servil à residência da família. Pretensão da entidade familiar de exclusão do bem da execução fiscal. possibilidade jurídica e legitimidade para o oferecimento de embargos de terceiro. É bem de família o imóvel pertencente à sociedade, dès que o único servil à residência da mesma. Ratio essendi da Lei nº 8.009/90. 1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a

Debate-se, ainda, a situação do único imóvel pertencente ao devedor e que se encontra alugado. A orientação predominante é no sentido de que a proteção legal deverá permanecer mesmo nesta hipótese, caso a renda obtida com o aluguel do bem seja destinada a constituir outra moradia para o devedor e sua família, ou ainda com o propósito de complementar a renda familiar<sup>190</sup>.

Quanto aos bens que guarnecem a residência do devedor, embora a Lei 8.009/90 excepcione da proteção apenas os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, o entendimento majoritário inclina-se para afastar do amparo legal também os bens móveis que não sejam essenciais à habitabilidade da residência, ou aqueles que, mesmo sendo fundamentais, existam em duplicidade<sup>191</sup>.

---

preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida cum granu salis pelas instâncias locais. 3. Aferida à saciedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. In casu, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que "A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios." (FACHIN, Luiz Edson. "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência "(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL." [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela causa petendi eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso especial provido. (REsp 621399/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 20/02/2006, p. 207).

<sup>190</sup> STJ, REsp 714.515/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJE 07/12/2009. Processual Civil. Execução por título extrajudicial. Bem de família. Imóvel locado. Penhora. Jurisprudência do STJ. Impossibilidade. Provimento. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido.

<sup>191</sup> STJ, REsp 533.388/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em 04/11/2004, DE 29/11/2004, p. 231. Processual Civil. Execução Fiscal. Penhora. Bens que guarnecem a residência dos devedores. Duplicidade. Possibilidade. 1. Os bens que guarnecem a residência são impenhoráveis, a teor da

#### 5.4. Direito à moradia e o princípio da dignidade humana

O termo moradia encontra sua origem no latim *morari*, cujo significado é de demorar, ficar, mas o seu conceito não pode ser entendido apenas como o de mera ocupação de um local, a habitação pura e simples de um prédio com ânimo definitivo. Antes, o local que irá servir de moradia deve ter condições mínimas de acomodação para um núcleo familiar, onde possa viver de forma digna. Assim exposto, pode-se chegar facilmente à percepção do conceito de moradia, que constitui o local em que vive determinada pessoa, ou um núcleo familiar, podendo também ser denominado como lar, abrigo, proteção, refúgio, família.

Destarte, o direito a moradia deve ser reconhecido como valor mínimo necessário e indispensável à construção da identidade do indivíduo junto ao núcleo familiar, constituindo elemento fundamental à edificação de sua dignidade, posto que essencial à sobrevivência da pessoa humana, no exercício do direito de ocupar um local onde possa se abrigar e proteger.

Desta forma, a moradia no Brasil, e na grande maioria dos demais países, constitui prioridade, considerando a crescente demanda dos indivíduos por um local onde possam estabelecer morada, ao passo que a maioria dos imóveis encontra-se concentrada em poder uma minoria abastada e, em grande parte, sem compromisso com a necessária destinação social da propriedade.

Não obstante, não se pode confundir o direito à moradia com o direito de propriedade, uma vez que esta não se confunde com aquela, pois é perfeitamente possível a existência de moradia sem propriedade, sendo antes a moradia um direito autônomo, embora em muitas circunstâncias exercido em conjunto com a propriedade.

Conforme explica José Afonso da Silva, *õno morar encontramos a idéia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria.*

---

disposição da Lei 8.009/90, excetuando-se aqueles encontrados em duplicidade, por não se tratarem de utensílios necessários à manutenção básica da unidade familiar. 2. Recurso especial a que se dá provimento.

*Quer-se que garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim *morari*, que significava demorar, ficar<sup>192</sup>.*

Assim exposto, perfeitamente admissível entender o direito a moradia como direito de segunda geração, que são aqueles que se identificam com as liberdades positivas, reais e concretas e acentuam o princípio da igualdade entre os homens. Encontram-se, neste patamar, os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos das inovações trazidas pela revolução industrial, que provocou uma profunda e radical mudança na sociedade. Na visão de Norberto Bobbio, *õnum primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais õ concebendo a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente õ tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder público (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado<sup>193</sup>.*

Discorrendo sobre o tema direitos sociais, pontua José Afonso da Silva que *õassim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais<sup>194</sup>.*

Como direito social, o direito a moradia passou a ser tratado como necessidade básica e essencial do indivíduo, inserido como garantia fundamental e merecendo especial atenção dos Tratados Internacionais, como consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>195</sup> e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>196</sup> e

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 314

<sup>193</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 4ª ed. (tradução de Carlos Nelson Coutinho, do original *L'età dei Diritti*). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52

<sup>194</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 284

<sup>195</sup> DUDH, Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação...**

ainda pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 5º), Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (art. 14, 2), Convenção sobre os Direitos das Crianças (art. 16, 1), Princípios das Nações Unidas para moradia e restituição de posses para refugiados e pessoas deslocadas, Convenção sobre o status dos refugiados (art. 21), Convenção 169 da OIT, Convenção de Genebra (quarta) sobre proteção de civis em tempo de Guerra (art. 49), Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (art. 43, 1).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito a moradia surge como garantia fundamental do indivíduo ao ser inserido no contexto dos direitos sociais, o que ocorreu por meio da Emenda Constitucional de n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, com alteração do artigo 6º<sup>197</sup> da Constituição Federal, não obstante a alusão a tal direito no artigo 23, inciso IX<sup>198</sup>, ao tratar da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para criar e fomentar programas sobre moradia, habitação e saneamento básico.

Portanto, a moradia, na forma como tratada na Constituição cidadã de 1988, após a inclusão da EC 26/00, indica que todos têm direito a moradia digna, sendo dever do estado a promoção e implementação deste direito, devendo ainda velar para que seja cumprida e mantida esta garantia. Como dito, o direito a moradia não se confunde com o direito a propriedade, razão pela qual a norma constitucional prevê a obrigação do estado de garantir a todos somente o direito a uma moradia e não a propriedade. Contudo, quando o estado falha constantemente nesta missão, deverá buscar meios efetivos para garantir a manutenção da moradia daqueles que já a possuem, seja conferindo proteção apenas a este direito, ou mesmo a propriedade, não permitindo que a norma infraconstitucional crie meios de lesar esta garantia tida como fundamental.

---

<sup>196</sup> PIDESC, ARTIGO 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia** adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. (...)

<sup>197</sup> CRFB, CAPÍTULO II, DOS DIREITOS SOCIAIS. 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.

<sup>198</sup> CRFB, Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Assim, o direito a moradia deve ser compreendido como direito mínimo necessário e indispensável ao exercício da dignidade do ser humano, sem o qual estará sujeito até mesmo ao perecimento, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet, para quem *õ[...] provavelmente é ao direito à moradia ó bem mais do que ao direito de propriedade ó que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar ó numa tradução livre ó que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa [...]. Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. [...] o direito à moradia tem sido, também entre nós ó e de modo incensurável ó incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida*<sup>199</sup>.

Desta forma, o direito à moradia, como direito social e garantia fundamental do indivíduo, integra a noção que se deve ter do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, a que todos os direitos do ser humano se reportam, em maior ou menor grau. Assim, é possível afirmar que toda pessoa nasce igual em direitos e obrigações e, pelo simples fato de existir, deve ser respeitada, por seus semelhantes e pelo estado, em todos os seus direitos, independentemente de raça, cor, sexo, religião, idade ou condição sócio-econômica. Conforme aduz Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como *õa qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista de Direito do Consumidor. N. 46, abril-junho, 2003. Ed. Revista dos Tribunais, p. 209

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62

A dignidade da pessoa humana, portanto, deve ser considerada como um valor fundamental, natural e intrínseco a todos, sem qualquer discriminação, que por imperativo foi convertida em princípios jurídicos de viés constitucional, orientando os demais princípios e as garantias fundamentais do indivíduo, uma vez que são estes, assim como o estado, que devem servir e existir em função do ser humano, e não o contrário.

A Constituição brasileira tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, como expressa logo em seu artigo 1º<sup>201</sup>, daí ser possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade encontra-se intimamente ligado e relacionado com os direitos humanos fundamentais e, sendo o direito à moradia um direito fundamental, está assim direta e umbilicalmente relacionado à dignidade da pessoa humana, ainda mais considerando-se ser a moradia indispensável para uma vida tranquila, segura, autônoma e independente.

Assim, sendo obrigação do estado assegurar o respeito às garantias fundamentais, velando assim para que todos tenham respeitada a sua dignidade enquanto ser humano, não poderá jamais, notadamente por meio de legislação infraconstitucional, adotar mecanismos que possam violar direitos assegurados.

Ora, sendo a moradia considerada direito fundamental e, por conseguinte, necessária ao pleno exercício do princípio da dignidade humana, com proteção constitucional e de pactos internacionais, a atuação do estado deverá ser no sentido de promover sua ampla proteção, somente podendo criar mecanismos de exceção quando estiver em confronto com direitos de nível superior, *v. g.*, o direito à vida, à saúde, à alimentação dentre outros. Caso o conflito seja com direitos de igual equivalência, deverá preponderar aquele que seja considerado essencial à subsistência humana e necessário ao pleno exercício da dignidade do ser humano, e do embate com direitos de grau inferior, sempre deverá prevalecer o direito à moradia.

O legislador infraconstitucional criou exceções, na Lei 8.009/90, ao direito constitucional de moradia, ao prever as situações em que o bem de família, assim considerado legalmente, pode ser objeto de penhora para cumprimento de obrigações, encontrando cada uma delas justificativa razoável, salvo no caso da fiança decorrente de contrato de locação, como será visto nos tópicos seguintes.

---

<sup>201</sup> CRFB, TÍTULO I, Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

### 5.5. Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família

A lei de impenhorabilidade do bem de família, ao garantir que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, 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, traz em seu conteúdo normas de cunho humanitário, uma vez que confere proteção ao imóvel da família e garante àqueles que passam por dificuldades financeiras uma vida digna, sem privação de sua moradia, garantindo assim a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a própria Lei 8.009/90 traz em seu bojo as exceções em que não será possível ao devedor invocar o benefício da impenhorabilidade para proteção do bem de família, anotando-se que cada exceção encontra uma justificativa, sempre em benefício de um direito de ordem superior ao direito de moradia, salvo, como já exposto, no caso de fiança decorrente de contrato de locação, como será analisado.

Assim, dispõe a Lei 8.009/90, nos vários incisos de seu artigo 3º, que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: *õI - 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; e VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locaçãoõ.*

Na primeira hipótese (*inc. I*), autoriza a lei a penhora do bem de família quando em choque com *õcréditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciáriasõ*, em clara opção pelo direito de natureza alimentícia (salário) e pelo direito tributário (contribuições previdenciárias). O propósito, aqui, é de evitar lesão a crédito trabalhista, que significa a sobrevivência do trabalhador que necessita receber seu

salário para manter a si e sua família. Encontra fundamento, ainda, no princípio da boa-fé, que deve nortear as relações jurídicas, buscando evitar que o empregador se locuplete, de forma indevida, às custas daquela pessoa que serviu à sua casa, facilitando a vida de todos que nela habitam. Como anota Rainer Czajkowski, *õa lei ao referir-se a trabalhadores da própria residência pretendeu beneficiar aqueles empregados que passam a conviver intimamente com a família, participando do seu cotidiano, dos problemas, conflitos e comemorações, tendo, em geral, acesso a todas as dependências da moradia. Esta noção identifica-se profundamente com a expressão õtrabalho domésticoö e é nesta acepção que deve ser aplicadaö<sup>202</sup>.*

Os créditos decorrentes das contribuições previdenciárias integram o salário do trabalhador e, portanto, devem também admitir a exclusão da proteção legal do bem de família, uma vez que consistem em benefício que reverte ao próprio trabalhador.

A situação seguinte (*inc. II*) refere-se a *õcrédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contratoö*. Buscou o legislador fazer valer a boa-fé que deve prevalecer nas relações contratuais, evitando assim o indevido enriquecimento daquele que, valendo-se do concurso de terceiro, constrói ou adquire sua residência em manifesto prejuízo deste. A finalidade deste dispositivo é, ainda, de preservar a segurança jurídica negocial, pois se assim não fosse, ninguém mais se disporia a conceder crédito para construção ou aquisição de imóveis.

No caso subsequente (*inc. III*), observa-se de forma nítida que prevalece a proteção ao direito a alimentos, dispondo que a impenhorabilidade não será oponível ao *õcredor de pensão alimentíciaö*, demonstrando a preocupação do legislador em garantir a sobrevivência daquela que necessita dos alimentos.

O dispositivo ulterior (*inc. IV*) autoriza a penhora do bem de família para a cobrança de dívida advinda de *õimpostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiarö*. Note-se que permite-se a incidência da constrição apenas quando os impostos, taxas e contribuições forem decorrentes do próprio imóvel familiar, não sendo possível, entretanto, quando provenientes de outros bens, ainda que pertencentes ao titular do bem de família.

---

<sup>202</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. A Impenhorabilidade do Bem de Família: Comentários a Lei 8.009/90, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p. 152

Na sequência (*inc. V*), verifica-se a exceção à regra da impenhorabilidade quando cuidar-se de *õexecução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*. A hipótese alberga os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé contratual, indicando que o favor legal não poderá ser invocado em benefício próprio quando cuidar-se de cumprimento de obrigação resultante de hipoteca, quando esta tenha sido ofertada em garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. É preciso deixar claro, entretanto, que a exceção somente terá lugar quando a hipoteca constituída reverter em benefício do casal ou da entidade familiar, pois do contrário deverá prevalecer a proteção legal do bem de família, não sendo permitida, nesta situação, a penhora, ainda que a hipoteca tenha sido validamente instituída.

Anote-se, ainda, a existência de divergência doutrinária também quanto a este dispositivo, por privilegiar direito de grau inferior, no caso o crédito, em detrimento do direito social à moradia, não se coadunando, assim, com o espírito protetivo da Lei 8.009/90, como assevera Credie, para quem *õo simples fato da possibilidade geral de alienação do Bem de Família obrigatório não a justifica. Uma coisa é a alienação voluntária, espontânea; outra, a alienação judicial coercitiva na execução por dívida, que repugna às novas normas. E a hipoteca possibilita essa execução, a apreensão e a hasta conseqüentes, todas destoantes dos próprios fins sociais almejados*<sup>203</sup>.

Contempla a proposição posterior (*inc. VI*) a exceção à regra quando o bem de família tiver *õsido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens*, repudiando assim a prática de atos ilícitos e possibilitando o ressarcimento de quem se viu lesado pela conduta do titular do bem de família. Tenha-se em mente, contudo, que somente o bem adquirido com o produto de crime estará excluído da proteção legal, não ocorrendo o mesmo com os demais bens. Nesta situação, como recorda Rainer Czajkowski, a penhora não poderá atingir *õo imóvel residencial da família do devedor criminoso, existente em seu patrimônio antes do crime, nem aqueles que, comprovadamente, foram adquiridos com recursos outros (por exemplo, herança) que não com o produto do crime*<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de Família (Teoria e Prática). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80

<sup>204</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. A Impenhorabilidade do Bem de Família: Comentários a Lei 8.009/90, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p. 171

Contudo, o grande conflito que se instaura na Lei 8.009/90 é justamente decorrente da situação contida em seu último dispositivo (*inc. VII*), que permite a penhora do bem de família *ôpor obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*, prevalecendo atualmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a norma em comento é constitucional e, portanto aplicável em qualquer situação que nela se enquadre.

Contudo, a questão não é de fácil solução e, por isto mesmo, encontra resistência em grande parte da doutrina e da jurisprudência, não obstante esteja consolidada a posição do Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante, surgindo a polêmica após a emenda constitucional de nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, que inseriu a moradia entre os direitos sociais, conferindo-lhe *status* de garantia fundamental, posterior a inserção do inciso VII no artigo 3º da Lei 8.009/90, que se deu por meio da Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991.

### **5.5.1. A exceção ao imóvel do fiador**

A atual lei de locações (Lei 8.245/91) foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em momento de grande e grave crise imobiliária, em que o estado permanecia inoperante na busca de soluções por moradias e o mercado de construções encontrava-se estagnado, sem estímulo ao crescimento, ao passo que a legislação anterior que regia a matéria (Lei 6.649/79) era marcadamente protecionista, desencorajando assim os proprietários a locarem seus imóveis, ocasionando o desaquecimento do mercado de locações.

Esta percepção ficou clara na própria exposição de motivos da Lei 8.245/91, quando os autores do projeto que deu origem à norma elucidam que *ôpercebeu-se, sem grande dificuldade, que a atual Lei do Inquilinato, ao presumir a hipossuficiência de uma das partes na relação locatícia, restou por inviabilizar a locação de imóveis e os investimentos que tradicionalmente eram destinados à construção civil, especialmente na área de habitação. Verificou-se, também, que a excessiva proteção ao inquilino já instalado, acarretando a queda de investimentos em imóveis residenciais, restou por desconsiderar os inquilinos em potencial, que não dispõem de imóveis para locação. Criou-se, por força da atual Lei de Locações, uma profunda escassez de imóveis residenciais para locação, o que*

*tem levado o mercado a elevar excessivamente o valor inicial do aluguel, gerando, entre outras consequências, a elevação dos índices inflacionários*<sup>205</sup>.

Esclarece Joaquim de Almeida Baptista, ao comentar a situação dos locadores em época anterior à Lei 8.245/91, que *o fato é que, até 1991, nada se fez de positivo a respeito. Não há uma vontade política no incremento às edificações de casas de aluguel. Opta-se por crucificar o locador rotulando-o de lobo e o inquilino de chapeuzinho vermelho. Não há seriedade nas proposições governamentais. Meros paliativos, sem densidade de seriedade são apresentados*<sup>206</sup>.

A Lei 8.245/91, ao dar nova roupagem ao direito locatício, incrementou o mercado de locações e deu novo impulso a uma atividade que se encontrava estancada, conferindo maior proteção ao locador e reduzindo os riscos do negócio, através da inserção de medidas concretas e ágeis para retomada do imóvel, renovação de contratos e, especialmente, garantia de pagamento de aluguéis, introduzindo expressamente a fiança como uma das formas de garantia exigíveis ao locatário pelo locador, já que até então a fiança decorrente de contratos de locação era regida pelo Código Civil então vigente.

Contudo, a Lei 8.009, inserida em nosso ordenamento jurídico em 29 de março de 1990, repercutiu de forma direta nos contratos de fiança, aí incluídos aqueles decorrentes de contratos de locação, então regidos pela Lei 6.649/79, ao instituir o bem de família legal e estabelecer a regra de impenhorabilidade do mesmo, uma vez que não foi feita qualquer ressalva a esta modalidade de obrigação, que não constou das exceções da norma.

Mas, com a entrada em vigor da nova Lei de Locações, em 18 de outubro de 1991, pouco mais de um ano após a edição da lei de proteção do bem de família, ocorreu significativa mudança desta para o fim específico de admitir, em seu artigo 3º<sup>207</sup>, inciso VII, a penhora do imóvel residencial próprio do fiador, quando a fiança seja decorrente de contrato de locação.

---

<sup>205</sup> Exposição de motivos da Lei 8.245, Brasil, 1991

<sup>206</sup> BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Código das Locações Urbanas, vol. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, p. 16/18

<sup>207</sup> Art. 3º, Lei 8.009/90. 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 (com redação dada pelo artigo 82 da Lei 8.245/91).

Ao discorrer sobre esta modificação da Lei 8.009/90, operada pela Lei 8.245/91, e sua repercussão no contrato de fiança decorrente de contrato de locação, afirma Ricardo Arcoverde Credie que *õa segunda falha, outra afronta aos princípios gerais que regem a Lei 8.009, refoge ao sentido que se pretendeu dar ao conceito bem de família. Desde a edição daquela lei a contratação de fiança não excluía a proteção dada pelo bem de família. O imóvel residencial do fiador estava isento da constrição judicial. O art.82 da Lei do Inquilinato vigente (n. 8.245, de 18 de outubro de 1991), no entanto, acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei 8.009, mas sem explicação coerente sobre os motivos ou razões legislativas que levaram a esta hipótese de quebra da regra geral de impenhorabilidade*<sup>208</sup>.

O aquecimento do mercado locatício, com o aumento da oferta de imóveis para locação, através de mecanismo que garanta ao locador o cumprimento da obrigação assumida pelo locatário, como motivo e fundamento utilizado pelo legislador para a modificação da Lei 8.009/90, suscita controvérsias e discussões sobre a constitucionalidade da norma e, acima de tudo, sobre a justiça da mesma, na medida em que viola de forma frontal o direito de moradia constitucionalmente garantido e transgredir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora a Corte Constitucional brasileira já tenha se manifestado sobre o tema, sedimentando o entendimento de que a norma que autoriza a penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação seja constitucional, a questão não é tão simples e nem pode ser assim facilmente superada, comportando ainda maior discussão e melhor análise.

Demonstra esta dificuldade de lidar com a matéria, além da grande divergência doutrinária e jurisprudencial nos tribunais inferiores e juízos de primeiro grau, a existência de proposições no Congresso Nacional Brasileiro, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, tendentes a modificar o dispositivo normativo que autoriza a penhora do bem de família na hipótese de fiança decorrente de contrato de locação. Na Câmara dos Deputados citam-se, dentre outros, o Projeto de Lei de nº 6.413<sup>209</sup>, de 2009, de autoria do Deputado Vicentinho Alves, que propõe a revogação do artigo 82 da Lei 8.245/91 (Lei do inquilinato) e do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, ao qual se encontra apensado o Projeto de Lei de

---

<sup>208</sup> CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de Família (Teoria e Prática). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 63

<sup>209</sup> Projeto de Lei nº 6.413/2009. Revoga-se o art. 82 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato) e inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do bem de família).

nº 7.492<sup>210</sup>, de 2010, cujo autor é o Deputado José Paulo Tóffano, com a proposta de extinção da garantia de fiança nas locações de imóveis. No senado Federal, de autoria do Senador Papaléo Paes, encontra-se o Projeto de Lei de nº 408<sup>211</sup>, de 2008, propondo a revogação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.245/91.

Retratando de forma clara e concisa a perplexidade que toma conta do operador do direito que se depara com este tratamento flagrantemente desigual, o Senador Papaléo Paes, na exposição de motivos do projeto de Lei nº 408, do Senado Federal, adverte que *õé nessa condição que reside a teratologia jurídica: o locatário, na condição de devedor principal, tem o direito de invocar a impenhorabilidade do bem de família, mas ao fiador, conquanto seja devedor secundário, é negado esse privilégio, e pode ter o seu imóvel penhorado. O desdobramento dessa condição é ainda mais surpreendente. O fiador pode ser expropriado de seu patrimônio para pagar dívida do afiançado, mas, em ação de regresso contra o locatário inadimplente, é impedido pelo inciso VII ao art. 3º da Lei 8.009 de 1990, de obter a penhora de imóvel pertencente ao seu devedor. Isso, porque se a lei assegura proteção apenas ao imóvel do locatário, mas não ao pertencente ao fiador, como se, na hierarquia social, a família do fiador ocupasse grau inferior a do locatário, o que contraria o princípio da isonomia traçado pela Constituição Federal. Nesse contexto, impende restaurar-se a proteção dada ao imóvel, considerada a sua função social, como determina a Constituição, e como constava originalmente na Lei do Bem de Família<sup>212</sup>.*

## 5.6. O casuísmo da norma

O casuísmo pode ser definido como sendo uma forma através da qual são criadas regras, ou adotado um conjunto de regras associadas, visando justificar um ato ou acontecimento exclusivo, sem importar se os interesses são coletivos, tendo em vista favorecer ou resolver o problema de uma pessoa ou de grupo de pessoas. É, em síntese, argumentação específica, em que se recorre a princípios ou doutrinas, com a finalidade de

---

<sup>210</sup> Projeto de Lei nº 7.492/2010. Extingue a fiança nas locações de imóveis.

<sup>211</sup> Revogam-se o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, e o art. 82 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para estender o benefício da impenhorabilidade do bem de família ao imóvel residencial do fiador locatício.

<sup>212</sup> Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 408/2008, do Senado Federal. Autoria do Senador Papaléo Paes

fundamentar e justificar uma opinião ou decisão, quando na realidade esta é motivada por interesse ou conveniência de apenas um indivíduo ou grupo específico.

Na definição de Saïd Farhat, *o substantivo casuísmo é usado para designar decisões, opiniões, propostas dadas em função dos elementos de cada caso e não das normas gerais aplicáveis em quaisquer circunstâncias e a todos os casos. Assim, diz-se que determinado ato ou decisão é casuístico, ou foi tomado casuisticamente, quando se deseja indicar que, para solucionar a questão em foco, a autoridade agiu com desvio de finalidade ou abuso de poder, para beneficiar ou prejudicar um dos interesses em jogo; ou, ainda, que as regras aplicáveis à matéria foram torcidas, esticadas ou encolhidas, para atender razões e circunstâncias de tempo, lugar ou pessoa, associadas ao caso; e/ou para acomodar um dos interesses em jogo, dar-lhe tratamento diferenciado, impossível sob o império da regra geral. Assim, a autoridade age casuisticamente quando usa os seus poderes não para apreciar objetivamente os méritos e/ou deméritos do pleito, mas em razão de quem solicita ou apadrinha a solicitação. O **Oxford Dictionary** dá à palavra **casuist** o sentido clássico de *peço*, especialmente o teólogo, que explica a aplicação das regras éticas, pondera as obrigações conflitantes [e] exceções [às regras gerais] acrescentando, por boa medida, *sofista e tergiversador (quibber)*. O dicionário **Petit Larousse** consagra a definição de **casuiste** como o teólogo especialista em *casuística* a qual consiste, ainda segundo o mesmo **Larousse**, na *parte da teologia moral que se atém a resolver os casos de consciência* e acrescenta: *sutileza excessiva*. Contudo, o sentido corrente da palavra, no Brasil, é dado pelo **Novo Dicionário Aurélio**, entendida como: *Arrazoado e/ou medida de caráter especioso, particularmente no campo do direito e da moral, baseados em casos concretos e não em preceitos gerais. O Aurélio completa o conceito com a definição de casuística, substantivo feminino: discussão e/ou análise dos casos feita com sutilezas e artifícios* o que bem resume e espelha a semântica daquela palavra<sup>213</sup>.*

O sistema legislativo brasileiro é pródigo na adoção de leis com viés nitidamente casuístico, especialmente quando se trata de matéria de cunho eleitoral, tendência que se observa também em leis que disciplinam outras áreas do direito, o que se denota na exclusão da regra de impenhorabilidade do bem de família em casos de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

<sup>213</sup> FARHAT, Saïd. Dicionário Parlamentar e Político: o Processo Político e Legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos, 1996, p. 114

No caso da exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, buscou-se, a pretexto de um bem maior, que seria o aquecimento do mercado locatício, com uma maior oferta de imóveis para locação e simplificação do procedimento para quem necessita de um local para morar, somente a proteção dos proprietários de bens imóveis dados em locação, com a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, como foi possível observar-se pelo intenso lobby desenvolvido por administradores de imóveis em defesa dos interesses de locadores.

Entretanto, tratou o dispositivo legal unicamente da fiança decorrente de contrato de locação, sem qualquer preocupação em estender tal benefício aos demais contratos de fiança, o que ocorreu, como dito, em razão exclusivamente da pressão exercida para adoção deste mecanismo em benefício de uma determinada classe, no caso a dos locadores de imóveis.

O contrato de fiança, conforme antes exposto, é aquele em que terceira pessoa, totalmente alheia a anterior negócio jurídico celebrado, também representado por um contrato, garante o cumprimento deste, não havendo qualquer distinção referente ao negócio primitivo que possa qualificar o contrato de fiança, dando-lhe maior importância ou significado, ou ainda diminuindo-lhe o valor. Não há, pois, justificativa para tratamento desigual entre contratos da mesma natureza e com idêntica finalidade, qual seja de garantir o cumprimento de obrigação assumida por terceiro.

Assim, na medida em que o objetivo é tão somente o de proteger unicamente locadores, vê-se flagrante e repulsivo casuísmo da norma, o que aliás não passou despercebido pelo Deputado Vicentinho Alves por ocasião da apresentação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei de nº 6.413/2009, como se extrai de sua justificativa ao projeto, ao esclarecer que *õpoderíamos ainda, nesta linha de combate ao dispositivo em análise, questionar-nos acerca da relevância social em que se reveste o crédito do locador, e indagarmos se este bem jurídico é socialmente relevante a ponto de legitimar a violação ao princípio da dignidade humana, à vivência digna de uma família. E em sendo relevante, porque tal caráter não se atribui também aos créditos resultantes de outros tipos de fiança. Houve, neste caso da fiança locatícia, uma necessidade assumida pelo legislador em cessar a retração ocorrida no mercado imobiliário com a lei 8009/90. Entendemos que, sendo esta a*

*razão principal do dispositivo (art. 82, lei 8245/91), não há motivos para promover uma extensão da exceção a todos créditos resultantes de fiança*<sup>214</sup>.

Ora, é plenamente admissível e lógico que os representantes de administradores de imóveis busquem melhorias para o mercado locatício, sendo legítima esta conduta, pois não se espera de representantes de determinada categoria profissional outra postura, que não a de defesa de seus representados. Entretanto, não é possível admitir que o legislador, cedendo a estas pressões, inove a legislação, seja por meio da edição de leis ou alteração daquelas já existentes, com a finalidade única de dar proteção a uma determinada classe, o que configura, sem qualquer dúvida, casuísmo da norma.

Assim, considerando a personalização da norma, encontra-se ela maculada pelo casuísmo, devendo, portanto ser rechaçada pelo aplicador do direito, em razão de vício a conspurcá-la, pois a lei que objetiva unicamente favorecer determinado indivíduo, ou grupo específico, não deve prosperar, por ferir frontalmente o princípio da isonomia consagrado constitucionalmente. Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.102/Pará, *o é aquilo que na doutrina mundial se chama da lei casuística e, por isso, ela é considerada reprovada, reprovável, hedionda*<sup>215</sup>.

## **5.7. Princípio da isonomia**

O princípio da isonomia, ou princípio da igualdade, sustentáculo do estado democrático de direito, garante que ninguém será tratado de forma desigual, devendo o legislador e o aplicador da lei velar para que a norma legal não cometa atos de discriminação, tratando de modo uniforme a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Ruy Barbosa elucida que *o a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade*<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.413/2009, da Câmara dos Deputados. Autoria do Deputado Vicentinho Alves

<sup>215</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.102/Pará, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa

<sup>216</sup> BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 25

O princípio da isonomia encontra-se consagrado na Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, *caput*<sup>217</sup>, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, quando cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo que a todos é garantida a igualdade perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza, seja pela própria lei, seja por seu aplicador, como informam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, esclarecendo que *o princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades, Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei)*<sup>218</sup>.

Colhe-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que *o a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos. Em suma: dúvida não parece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes*<sup>219</sup>.

Tem-se nítido, pois, que o primeiro destinatário do princípio da isonomia é o legislador, que deverá pautar sua conduta pela promoção da igualdade entre os indivíduos, vinculando-o à elaboração de leis que garantam o tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, como adverte José Joaquim Gomes Canotilho, explicando que *o ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos (...). O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática:*

---

<sup>217</sup> CRFB, TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

<sup>218</sup> PAULO, Vicente / ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado, 8ª ed., São Paulo: Método, p. 122

<sup>219</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2ª ed., São Paulo: RT, 1984, p. 14

*para todos os indivíduos, com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.*<sup>220</sup>

Assim, sendo o legislador o primeiro destinatário do princípio da isonomia, não poderia, como o fez na Lei 8.009/90, adotar tratamento desigual para situações iguais, estabelecendo a possibilidade de penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, mas deixando a salvo o bem de família do locatário, uma vez que não fez qualquer ressalva quanto a este.

Esclareça-se, desde já, que não obstante advindas de negócios jurídicos distintos o contrato de locação e contrato de fiança a obrigação a ser satisfeita é a mesma, consistente no adimplemento das obrigações decorrentes do contrato de locação, como informa Sérgio André Rocha da Silva, para quem as obrigações *õtêm o mesmo fundamento, quais sejam, a obrigação do fiador e a do locatário, podendo-se mesmo considerar iguais ambas as obrigações, contrariando-se desta forma a isonomia prevista no caput do art. 5º da CF*<sup>221</sup>. O fiador não assume nenhuma obrigação diversa daquela imputada ao locatário no contrato de locação, obrigando-se, ao revés, ao mesmo compromisso, e ainda assim de forma subsidiária, Aplica-se, ao caso, a máxima *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito).

Neste sentido, esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho que há nítida violação ao princípio da isonomia *õuma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação*<sup>222</sup>.

Portanto, quando não prevê igualdade de tratamento entre iguais, o legislador fere de morte o princípio constitucional da isonomia, como observa Domingos Pietrangelo Ritondo, ao explanar que *õdiante do exposto, pode-se concluir que a norma permissiva da penhora do bem de família do fiador de relação locatícia confronta a Constituição Federal,*

---

<sup>220</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed., Coimbra: Almedina, p. 424/425

<sup>221</sup> SILVA, Sérgio André Rocha da. Da Inconstitucionalidade da Penhorabilidade do Bem de Família por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação. Revista de Direito Privado, nº 2 (abril-junho de 2000), p. 56

<sup>222</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze / FILHO, Rodrigo Pamplona. Novo curso de direito civil, v. 1, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290

*por incompatível com o direito fundamental à moradia e com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que dá tratamento diverso a pessoas que se encontram rigorosamente na mesma situação fática, no caso, o fiador e o locatário proprietários de um único bem imóvel cada um, que lhes servem de moradia*<sup>223</sup>.

Não é outro o entendimento de Genacéia da Silva Alberton, que igualmente entende constituir a norma em discussão afronta ao princípio da igualdade, anotando que *õse o imóvel residencial do locatário não pode ser penhorado visto que ele está amparado pela Lei 8.009, afronta a isonomia constitucional a inserção da penhorabilidade do imóvel residencial do fiador que é garante e que, somente por imposição de cláusula contratual por adesão, renuncia ao benefício de ordem, respondendo pelo débito do afiançado como principal pagador*<sup>224</sup>.

Em resumo, deixando o locatário de adimplir sua obrigação com o locador, não poderá ter eventual bem de família penhorado para satisfação da dívida, ao passo que o fiador não goza desta proteção legal conferida ao locatário, podendo o credor voltar-se contra seu bem de família e fazer incidir sobre o mesmo a penhora para cumprimento da obrigação.

O Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 407688/São Paulo, anotou, estupefato, que *õse 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 não 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 está 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*<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> RITONDO, Domingo Pietrangelo. Bem de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 88

<sup>224</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva. A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação (Impenhorabilidade de Bem Imóvel Residencial do Fiador). São Paulo: RT, 2003, p. 123

<sup>225</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 407688/São Paulo, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso

Veja-se que a ofensa ao princípio constitucional da isonomia é tamanha que o credor poderá penhorar o bem de família do fiador, enquanto ocasional bem de família do locatário fica acobertado pelo manto da impenhorabilidade, em razão do dispositivo legal da Lei 8.009/90 que veda a penhora do bem de família do devedor por dívida de qualquer natureza, salvo as exceções legais, dentre as quais não se enquadra o presente caso. Mas o ultraje maior ainda não reside neste ponto e sim na impossibilidade do fiador, tendo adimplido a obrigação do locatário, para não se ver alijado de seu bem de família, atingir o patrimônio do devedor se este se enquadrar na definição de bem de família.

Tal ocorre porque o fiador, quando cumpre a obrigação do locatário, e nos termos do que dispõe o artigo 831<sup>226</sup> do Código Civil Brasileiro, sub-roga-se nos direitos do locador e este, como já exposto, não pode, por expressa vedação legal, penhorar o bem de família do locatário, como aliás deixou expresso o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial de 255663/São Paulo, estabelecendo que *õa impenhorabilidade do bem de família é regra, somente cabendo as exceções legalmente previstas. Nos termos da Lei nº 8.009/90, art. 3º, VII (incluído pela Lei nº 8.245/91, art. 82), é possível a penhora do bem de família como garantia de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. O fiador que paga integralmente a dívida a qual se obrigou, fica sub-rogado nos direitos e garantias do locador-credor. Entretanto, não há como estender-lhe privilégio da penhorabilidade do bem de família em relação ao locatário-afiançado taxativamente previsto no dispositivo mencionado, visto que nem mesmo o locador o dispunha*<sup>227</sup>.

Neste mesmo sentido a orientação de Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho, para quem *õnã é justo que o garantidor responda com seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia, e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago*<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> Art. 831, CCB. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor (...)

<sup>227</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 255663/São Paulo, Relator Ministro Edson Vidigal

<sup>228</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze / FILHO, Rodrigo Pamplona. Novo curso de direito civil, v. 1, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290

Não se pode perder de vista, ainda, que sendo a fiança contrato acessório, deverá ter o mesmo destino do principal, não se admitindo que o acessório subsista sem o principal, tanto que em caso de nulidade deste, nula será aquela, como afirma Gildo dos Santos, esclarecendo que *õa regra de que o acessório segue o destino do principal aplica-se também à fiança, tanto que, extinta a obrigação garantida, estabelecida no contrato principal, a fiança fica extinta, pois já não subsiste o seu objeto. Nulo ou anulado o contrato principal, nula ou anulada será a fiança*<sup>229</sup>.

Desta forma, considerando a característica de acessoriedade do contrato de fiança, não poderá ter tratamento diferenciado em relação ao contrato principal, não se admitindo, pois, que o fiador seja tratado de forma mais severa que o locatário inadimplente, inclusive quanto a penhorabilidade do seu bem residencial, seja quanto a proteção legal, seja por ação regressiva promovida em desfavor do devedor principal, sob pena de evidente discriminação. Como adverte Pontes de Miranda, *õa dívida do fiador é acessória, porque ele deve o adimplemento pelo devedor. Não há identidade das dívidas, porque prometeu que outrem faça a cerca não é prometer fazer a cerca. Se o fiador não pudesse opor o que o devedor poderia opor, a dívida do fiador seria mais dura do que a do devedor. Por isso, tem-se de atribuir ao fiador a oponibilidade de todas as objeções e exceções que o devedor poderia opor. Tais objeções e exceções existem para os dois devedores, independentemente, porque quem promete que outrem faça a cerca promete mais do que a pessoa encarregada teria de fazer. O fiador pode opor, iure próprio, as objeções e exceções que teria o devedor principal. Para isso, é preciso que as objeções e exceções ainda existam*<sup>230</sup>.

Assim, ainda que tenha assumido o encargo por obrigação com caráter acessório, o fiador, nos termos em que posta a Lei 8.009/90, acabará sendo responsabilizado pela dívida, que deverá pagar sob pena de ser alijado de seu bem de família, na grande maioria dos casos conquistado a duras penas, ficando com um prejuízo imensurável e de difícil e incerta reparação, pois sequer em ação regressiva poderá voltar-se para o bem de família do locatário, o principal devedor, conforme adverte Flávio Tartuce, explanando que *õo devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário ó art. 827 do CC) pode suportar a constrição. A lesão à isonomia reside*

---

<sup>229</sup> SANTOS, Gildo dos. Fiança. São Paulo: RT, 2006, p. 30

<sup>230</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, t. XLIV, 3ª ed., São Paulo: RT, 1984, p. 180

*no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação)*<sup>231</sup>.

### **5.8. A inconstitucionalidade da norma**

Após o advento da Emenda Constitucional de nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que inseriu a moradia como direito social na Carta Magna do Brasil, incluindo-a como direito fundamental de segunda geração, surgiram vigorosos questionamentos quanto a constitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (Art. 3º inc. VII da Lei 8.009 de 29 de março de 1990, com a redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991), ao argumento de que violaria princípios e normas de ordem constitucional. Assim, instauraram-se discussões sobre a violação ao direito de moradia e, por conseguinte, ao princípio da dignidade da pessoa humana, afronta ao princípio da isonomia, o casuísmo da norma e a sua não recepção pela nova ordem constitucional instaurada.

O direito a moradia, como já exposto, materializa o sonho da esmagadora maioria das pessoas em qualquer país, configurando assim uma das exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direitos da nação brasileira. Assim, é inconteste a vinculação da dignidade do direito à moradia à dignidade da pessoa humana, decorrente da proteção que ela proporciona contra as intempéries naturais e os perigos e ameaças constantes da vida cotidiana, além de conferir ao indivíduo e sua família a necessária autonomia para usufruir uma vida independente e autônoma.

Desta forma, conferir ao direito de crédito maior proteção do que ao direito de moradia, configura evidente violação a este último, salvo quando cuidar-se de crédito de natureza alimentícia, quando então ocorrerá a proteção não do crédito em si, mas sim da própria subsistência do alimentando. Tal não ocorre, contudo, quando se trata de obrigação decorrente de fiança, que configura crédito puro e simples, quando a proteção deverá ser da moradia, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>231</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Teoria dos Contratos e Contratos em Espécie, vol. 3, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007, p. 397

Portanto, não pode a lei infraconstitucional suprimir direito assegurado pela Constituição Federal, cabendo-lhe tão somente a regulamentação dos direitos positivados quando estes o exigirem, podendo ainda restringir o seu alcance para assegurar a proteção de direitos de natureza superior, como ocorre no caso da autorização para penhora do bem de família por dívida de alimentos, visando assegurar a sobrevivência daquele que deles necessita. Discorrendo sobre a questão, aduz Cláudia Honório que *õem sua dimensão negativa ou defensiva, o direito à moradia traz consigo o direito de o Estado e os demais particulares respeitarem e não intentarem contra a moradia. Assim, todos estão vinculados ao direito à moradia, devendo interpretar a legislação infraconstitucional e solucionar colisões tendo esta baliza. Nesse prisma, a norma impõe, ainda, a vedação do retrocesso no tratamento legislativo, sendo que o direito à moradia não pode ser suprimido ou restringido arbitrariamente, nem reduzidas as conquistas até agora alcançadas. Na sua dimensão positiva ou prestacional, o direito à moradia implica um dever do Estado de editar normas jurídicas para efetivar o direito, e de promover a satisfação do interesse mediante atuação judicial ou administrativa*<sup>232</sup>.

Mas, quando seu âmbito de abrangência desborda dos limites constitucionais, em clara violação a direito de natureza fundamental e sem qualquer embasamento na Lei Maior, resta clara a inconstitucionalidade do dispositivo que autoriza a penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, por afronta ao direito de moradia e, por consequência, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A violação ao princípio da isonomia é clara, na medida em que trata iguais de forma desigual, conferindo tratamento nitidamente díspar ao locatário e ao fiador, na medida em que protege o bem de família do primeiro e autoriza a incidência de penhora da moradia do segundo, conforme advertem Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho, afirmando que *õà luz do Direito Civil Constitucional ó pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual*

---

<sup>232</sup> HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: Uma Leitura Sistemática Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 104, nº 396, março-abril/2008, p. 34-35

*locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação*<sup>233</sup>.

Para além, o fiador sequer poderá voltar-se contra eventual bem de família do locatário e principal devedor quando tiver solvido a obrigação, ainda que o tenha feito às custas de sua moradia, considerando a proteção legal de impenhorabilidade do bem de família imposta pela Lei 8.009/90, que embora não alcançando o seu imóvel, protege o do locatário, uma vez que o fiador encontra-se, na hipótese, sub-rogado nos direitos do locador, a quem não era dado o direito de penhora do imóvel residencial próprio do locatário e, por óbvio, tal direito também não lhe será conferido.

O casuísmo da norma, conferindo proteção somente a uma determinada categoria profissional, no caso dos locadores de bens imóveis, encontra-se com evidente vício de conteúdo, não atendendo ao fim a que se destina a lei, pois como já exposto anteriormente, a função primordial da lei, como regra de comportamento geral, deve ser a regulação da conduta dos indivíduos e da sociedade, estabelecendo harmonia, conformidade e temporalidade com a realidade social, devendo para isto buscar eliminar tratamentos desiguais, o que não ocorreu com o dispositivo em discussão. O legislador não pode ter em mente, na elaboração da lei, casos concretos, mas sim a abstração de condutas futuras, visando a sua prevenção ou regulação.

Desta forma, o casuísmo adotado na elaboração do dispositivo que permite a penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, ofende por igual o princípio da isonomia, uma vez que dá tratamento diferenciado a fiadores que assumem obrigações em razão de outros contratos diversos da locação, já que em tal situação a moradia do fiador não poderá ser objeto de penhora, por se encontrar protegida pela norma legal.

Anote-se, finalmente, que a Emenda Constitucional de nº 26/2000 não recepcionou o artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90, tendo em conta que o direito à moradia, então inserido na Constituição, advém de norma constitucional auto-aplicável, portanto de eficácia plena, pois constitui direito social e, por conseguinte, garantia fundamental do indivíduo, visando garantir a dignidade da pessoa humana, como obtempera Clito Fornaciari

---

<sup>233</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze / FILHO, Rodrigo Pamplona. Novo curso de direito civil, v. 1, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290

Júnior, para quem *õa disposição da Emenda tem incidência imediata, como é próprio dos preceitos constitucionais, atingindo, destarte, a norma infraconstitucional que com ela é incompatível, não sendo, desse modo, recepcionada*<sup>234</sup>. Neste sentido chegaram a decidir o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário de nº 349.370<sup>235</sup>, em decisão monocrática tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, e também o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial de nº 699.837/Rio Grande do Sul<sup>236</sup>, em voto que teve como relator o Ministro Félix Fischer.

Na decisão proferida pelo então Ministro Carlos Velloso no Supremo Tribunal Federal, não obstante sua posterior alteração por meio de agravo regimental, restou reconhecido que o dispositivo que permite a penhora do bem de família do fiador não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, esclarecendo o julgador que *õo direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C. F., é um direito fundamental de 2ª geração direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º*

---

<sup>234</sup> JÚNIOR, Clito Fornaciari. O Bem de Família na Execução da Fiança - A Penhora e o Bem de Família do Fiador de Locação. São Paulo: RT, 2003, p. 103

<sup>235</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 349370, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgado em 27/04/2005, publicado em DJ 13/05/2005 PP-00073 RDDP n. 28, 2005, p. 162-164. EMENTA: Constitucional. Civil. Fiador: bem de família: imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (...) Ora, o bem de família Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000

<sup>236</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 699837/Rio Grande do Sul, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2005, DJ 26/09/2005, p. 447. Recurso Especial. Processual Civil e Constitucional. Locação. Fiador. Bem de família. Impenhorabilidade. Art. 3º, VII, da Lei Nº 8.009/90. Não recepção. Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso desprovido.

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

A não recepção da norma em discussão decorre, também, da falta de tratamento isonômico entre os devedores da mesma dívida, no caso o locatário e o fiador, impondo a este obrigação mais dura e pesada do que ao primeiro, considerando a possibilidade de perda da moradia que recai sobre o fiador, ao passo que o mesmo não ocorre quanto ao principal devedor.

Discorrendo sobre o princípio da igualdade, orienta Alexandre de Moraes que qualquer norma infraconstitucional que contenha situação de desigualdade, demonstrando incompatibilidade com valores da Constituição, deve ser considerada não recepcionada, esclarecendo que *õa igualdade se configura com uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama*<sup>237</sup>.

Ora, dado o manifesto tratamento desigual da norma que autoriza a penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (Art. 3º inc. VII da Lei 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91), não pode ser considerada como recepcionada pela ordem constitucional que prevê o tratamento igual perante a lei como direito fundamental, o que evidentemente não ocorre nesta situação.

---

<sup>237</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 65

## 5.9. Interpretação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal

Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, cabendo a ele a última palavra em matéria constitucional, e uma vez instaurada discussão acerca da constitucionalidade do art. 3º inc. VII da Lei 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, a questão logicamente deveria passar por seu crivo. E não se furtou o excelso pretório à sua missão, proferindo decisão sobre a matéria, inclusive com atribuição de repercussão geral<sup>238</sup>. Embora não se possa dizer que tenha sido a solução tomada a mais acertada e justa<sup>239</sup>, contudo, pacificou-se no âmbito daquela corte o entendimento sobre o assunto.

Anteriormente ao conhecimento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, passou ela pela análise do Superior Tribunal de Justiça, como maior intérprete da legislação federal infraconstitucional, sendo proferidas, em um primeiro momento, decisões favoráveis à impenhorabilidade do bem imóvel que serve de moradia ao fiador e sua família, conforme julgado antes transcrito (*REsp 699837/Rio Grande do Sul, Rel. Ministro Félix Fischer*), entre outros.

Contudo, curvando-se ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou-se, também naquele tribunal da cidadania, a jurisprudência no sentido de que não há ofensa ao direito de moradia a autorização para penhora do bem de família do fiador

---

<sup>238</sup> A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria. (Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/ververbete.asp?letra=r&id=451>)

<sup>239</sup> “Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade” (Ruy Barbosa, então Senador, em sessão do Senado Federal de 29 de dezembro de 1914, citado no STF pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido na ação penal 470 – que ficou conhecida como *juízo do mensalão*)

decorrente de fiança concedida em contrato de locação, como restou decidido no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Agravo de nº 1023858/Rio de Janeiro<sup>240</sup>.

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a possibilidade de penhora do bem de família do fiador decorrente de fiança concedida em contrato de locação, foi proferida no Recurso Extraordinário de nº 407.688/São Paulo, em que a maioria daquele sodalício entendeu não haver violação ao direito constitucional de moradia e nem afronta ao princípio da isonomia, reconhecendo ainda a recepção pela Constituição Federal do art. 3º inc. VII da Lei 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, não obstante votos divergentes dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello<sup>241</sup>.

O Ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, demonstrou, a exemplo do que ocorreu com o Ministro Eros Grau, conforme antes citado, perplexidade com a incongruência entre o tratamento conferido ao locatário, principal devedor, e aquele dispensado ao fiador, devedor subsidiário, como fez questão de frisar na conclusão de seu voto, esclarecendo que *õao fazê-lo, ressalto, uma vez mais, como já o fizera no início deste meu voto, a incongruência referida pelo eminente Ministro Eros Grau, constante do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Ou seja, o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente*.

---

<sup>240</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no Ag 1023858/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 28/10/2008. Locação. Fiança. Penhora em bem de família de fiador. Possibilidade. Precedente do STF. Decisão mantida. 1. Pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de ser penhorável o imóvel familiar dado em garantia de contrato locativo, em face da exceção introduzida no inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009, de 1990 pela Lei do Inquilinato. 2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa compreensão não ofende o direito de moradia previsto no artigo 6º da Carta Magna. 3. Agravo regimental improvido.

<sup>241</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 407688/SP, Relator: Cezar Peluso, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147. FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Importante repisar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário de nº 349.370, já mencionado, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, chegou a admitir a ineficácia da norma, vedando a penhora do bem imóvel residencial do fiador, embora posteriormente tenha alterado este julgado por meio de agravo regimental.

Entretanto, mesmo com divergentes opiniões na jurisprudência e na doutrina, o Supremo Tribunal Federal acabou por admitir a repercussão geral da matéria e, ainda que por maioria de votos, reconheceu a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, ratificando a jurisprudência firmada naquela suprema corte<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 612360 RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie, julgado em 13/08/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-05 PP-00981 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 294-300. Constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência de repercussão geral.

## 6. CONCLUSÃO

A intenção do presente trabalho não é pregar a disseminação da cultura da inadimplência, conforme esbravejam os defensores da política de recebimento do crédito a qualquer custo quando se deparam com a defesa desta tese. Ao contrário, propõe-se que sejam adimplidas todas as obrigações, cuidando cada devedor de cumprir seus deveres, e cada credor de conferir crédito de forma responsável, consciente de que a preservação da moradia significa a estabilidade do núcleo familiar, com a redução das desigualdades sociais que afligem de forma significativa a população brasileira, como de resto ocorre em qualquer lugar do mundo. Não se trata de tutela irresponsável da inadimplência ou da pessoa do devedor, mas sim de proteção e preservação de sua moradia e de sua família enquanto garantia fundamental incluída como direito social.

Anote-se que desde o momento em que a fiança decorrente de contrato de locação foi incluída como exceção legal à regra da impenhorabilidade do bem de família, foram suscitadas controvérsias, seja pela ausência de justificativa adequada para a alteração normativa, seja por excepcionar apenas os contratos de fiança quando oriundos de relação locatícia, não estendendo o benefício para os contratos de fiança garantidores de outras modalidades de obrigação.

Nem poderia o legislador invocar como fundamento para inclusão desta exceção o incremento do mercado locatício, considerando, como dantes visto, o significativo número de garantias admissíveis no contrato de locação, inclusive a fiança, que não encontra sua razão de ser unicamente na existência de patrimônio do fiador apto a satisfazer a obrigação, mas sim na confiança depositada em sua pessoa de que irá solver a dívida caso o devedor não o faça. Na hipótese de inadimplência também do fiador, poderá o credor voltar-se para o seu patrimônio, mas com a preservação do bem de família, dando assim eficácia à norma constitucional que garante o direito de moradia.

Com esta mesma visão, ressaltou o Ministro Eros Grau na condução de seu voto no RE 407.688/SP que *o ão que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas,*

*adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional*<sup>243</sup>.

Não existem, aliás, dados concretos que possam assegurar com convicção que o mercado locatício poderia sofrer retração sem a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, mas apenas o temor de que, nesta hipótese, seriam encontradas maiores dificuldades para a locação de imóveis, considerando que a fiança é, sem qualquer dúvida, a garantia mais simples de ser constituída.

Entretanto, o próprio mercado, dando vazão à criatividade e originalidade, próprias do setor empreendedor, certamente cuidará de encontrar outros meios adequados e eficazes a garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo locatário no contrato de locação, sem o sacrifício do fiador e de sua família, que a pretexto de solver obrigação pecuniária, ficariam relegados ao relento, em violação a direito reconhecido por tratados internacionais e positivado em nossa Constituição, representando clara transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, aliás, já estão sendo encontradas outras modalidades de garantia, que atendem de forma satisfatória tanto o locador quanto o locatário, podendo ser citado o exemplo da garantia prestada através de títulos de capitalização, recentemente adotado como opção para o contrato de locação. Nesta modalidade de garantia, o locatário contrata o título com uma empresa do setor de seguros ou capitalização, servindo o valor para efeito de pagamento de locatícios inadimplidos ou reforma do imóvel, e caso nada esteja devendo ao fim do contrato, o próprio locatário irá levantar o valor corrigido, além de concorrer a prêmios durante a vigência do contrato<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> Trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no RE 407.688/São Paulo, já anteriormente citado

<sup>244</sup> O tradicional fiador, aquela pessoa que se responsabiliza pelo contrato de aluguel de um amigo ou parente, ainda é a forma mais comum de garantia no mercado imobiliário. Nos últimos anos, porém, outras modalidades de garantia têm aumentado sua participação, como o seguro-fiança, e novas opções têm sido lançadas, como os títulos de capitalização. Grandes empresas do setor de seguros, como Porto Seguro e Sul América, já oferecem títulos de capitalização específicos para aluguel. O valor do título é acertado entre o inquilino e o dono do imóvel, mas geralmente varia de três a 12 aluguéis. Enquanto o contrato de aluguel estiver valendo, o título serve como garantia: caso o inquilino não pague suas dívidas, o dono do imóvel pode usar o dinheiro para este fim. Durante o contrato, o inquilino também pode participar de sorteios de prêmios em dinheiro. Ao fim do prazo, se não estiver devendo nada ao proprietário, ele pode sacar o valor, que é corrigido pela TR. (<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/03/07/garantia-de-aluguel-agora-tem-ate-titulo-de-capitalizacao-veja-opcoes.htm>, acessado em 21.3.2013, às 11:50am)

Também o poder público, como explicitou o Ministro Eros Grau em seu voto, deverá atuar no sentido de implementar políticas adequadas à efetividade do direito de moradia, disponibilizando outras formas possíveis de se garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo locatário junto ao locador.

Não se pode aceitar, ainda, como fundamento razoável e plausível, conforme utilizado pelo relator no julgamento do RE 407.688/SP, que a exclusão da proteção do bem de família do fiador, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, garante o direito a moradia, sob o argumento de que são muitos os despossuídos e sem propriedade e, por isto, necessitam alugar um imóvel. Ora, neste caso estar-se-ia, uma vez mais, na verdade, prejudicando a multidão de miseráveis, que com muito sacrifício adquirem a casa própria, retirando-lhes o direito a moradia em benefício de uma pequena casta de abastados, que concentram em seu poder vários imóveis, sem qualquer preocupação com o grave problema social da moradia. Privilegia-se o poderoso, em detrimento do humilde, pois se existem muitos despossuídos, como constou do julgamento, é porque alguns poucos concentram a riqueza e propriedade de bens. Uma vez mantida a situação como está, na grande maioria dos casos, ao final da locação, serão dois despossuídos, o locatário, que já não possuía um imóvel, e o fiador, que perderá o seu.

O que não é admissível é que, sob a justificativa de aquecer o mercado locatício, seja violado direito fundamental do indivíduo, retirando-lhe a proteção de sua moradia em favor do direito de crédito, em flagrante violação a dignidade do ser humano, que reclama proteção incondicional, por constituir fundamento do estado democrático de direito.

Exatamente por isto causa perplexidade o tratamento flagrantemente desigual entre fiador e locatário e entre fiadores de contratos de natureza diversa, ainda mais quando se vislumbra o contrato de fiança como acessório do principal, devendo por isto mesmo seguir o mesmo destino deste. Assim, se não pode o credor penhorar o bem de família do locatário, não poderá também penhorar o do fiador, como pondera Orlando Gomes quando aduz que *o contrato de fiança trata-se entre o fiador e o credor do afiançado. Sua natureza é a de um 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*<sup>245</sup>. Solução diversa conduz, inevitavelmente, à violação de princípios

---

<sup>245</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 435

constitucionais, especialmente o de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei, conforme explica Flávio Tartuce, para quem *õa lesão à isonomia reside no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação). Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (art 6º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana*<sup>246</sup>.

O que ocorre é que, na forma como posta, a decisão do Supremo Tribunal Federal privilegia o crédito, pois pautou-se unicamente pelo caso concreto, por entender que o fiador, naquela situação, iria fraudar o credor, mas esqueceu-se do alcance da decisão que seria proferida, quando deveria, abandonando o caso concreto, admitir a inconstitucionalidade do dispositivo, para proteger aquilo que de mais sagrado integra o patrimônio material da pessoa humana, que é sua moradia, onde constitui um lar e oferece abrigo a sua família, uma vez que a lei, neste caso específico, não cumpre sua finalidade de tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais.

Ademais, deve-se ressaltar que a repercussão geral conferida pelo Supremo Tribunal Federal à decisão, embora não vincule os julgamentos em instâncias inferiores, acaba balizando as demais decisões sobre a matéria, o que pode acabar trazendo reflexos negativos ao mercado, considerando que as pessoas ficarão mais temerárias de prestar fiança, em razão da possibilidade concreta de se verem alijadas de sua moradia, uma vez que a fiança é válida e todos os bens do fiador respondem pela dívida dela decorrente.

Finalizo deixando claro que não se busca o enfraquecimento deste importante instituto de garantia do crédito, mas apenas conferir eficácia à norma constitucional que protege o direito de moradia a todos e o tratamento isonômico entre iguais, considerando que se foi o tempo em que a palavra empenhada possuía valor e a época em que Damon podia confiar em Fíntias, embora entenda que a fiança, a pretexto de socorrer um amigo ou familiar, encerra em seu âmago a triste sina de acabar com amizades, desfazer casamentos e destruir famílias, como se constata na melancólica história das irmãs portuguesas Maria Tavares e Maria da Encarnação, cujos laços familiares e de amizade viram-se rompidos em razão de uma fiança prestada pela segunda à primeira, demonstrando a dureza e insensibilidade do mercado de crédito frente a uma situação dramática:

---

<sup>246</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria dos Contratos e Contratos em Espécie*, vol. 3, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007, p. 397

*õA pouco mais de cem metros da casa de Filomena Rocha, em Agualva, vive Maria Tavares com os dois filhos. Há dois anos foi despejada do apartamento porque não conseguia pagar a mensalidade de 450 euros. Como não chegou a acordo com o banco, a irmã, fiadora no empréstimo, já foi avisada de que nos próximos dias irá acontecer-lhe o mesmo. -Isto deu cabo da nossa amizade. Não nos falamos e pela primeira vez não passámos o Natal juntas, conta a empregada doméstica de 34 anos. A irmã, Maria da Encarnação, está em pânico. -Não é justo. Não tenho dívidas e pago tudo a tempo e horas. O que será de mim e dos meus filhos se ficar sem sítio para viver?ø<sup>247</sup>.*

Nunca é demais lembrar o aviso do sábio contido em Provérbios 22, 26: *õNão seja como aqueles que se comprometem facilmente, tornando-se fiador de dívidas. Se você não tiver com que pagar, eles tomarão até a cama onde você dorme.*

---

<sup>247</sup> In Verbis - Revista Digital de Cidadania e Justiça (Revista de 2012), publicado em 11 de fevereiro de 2012, com o título Bancos já penhoram as casas dos fiadores (<http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/bancos-penhoram-casas-fiadores>, acessado em 19.3.2013, às 10:30am)

**BIBLIOGRAFIA**

ALBERTON, Genacéia da Silva. A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação (Impenhorabilidade de Bem Imóvel Residencial do Fiador). São Paulo: RT, 2003

ALVES, Jones Figueiredo. Novo Código Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família. São Paulo: Bushatsky, 1974

\_\_\_\_\_. Bem de Família, 4ª. ed., São Paulo: RT, 1999

\_\_\_\_\_. Bem de Família e a Lei 8.009/90. 5ª. ed., São Paulo: RT, 2002

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Código das Locações Urbanas, vol. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993

BARBOSA, Ruy. Oração aos Moços, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976

BASTIAT, Frédéric. A Lei (tradução de Ronaldo da Silva Legey, do original *La Loi*). São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. II, ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975

\_\_\_\_\_. Direito das Obrigações. Edição histórica. São Paulo: Red Livros, 2000

BITTAR, Carlos Alberto. Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais. Rio de Janeiro: Forense, 1990

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 4ª ed. (tradução de Carlos Nelson Coutinho, do original *L'età dei Diritti*). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed., Coimbra: Almedina

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009

- CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de Família (Teoria e Prática). São Paulo: Malheiros, 2000
- CZAJKOWSKI, Rainer. A Impenhorabilidade do Bem de Família: Comentários a Lei 8.009/90, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2001
- DAIBERT, Jeferson. *Dos Contratos*. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 4ª ed., 2007
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, vol. 3, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, vol. 5, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- \_\_\_\_\_. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992
- \_\_\_\_\_. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006
- \_\_\_\_\_. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2003
- DONIZETTI, Elpídio / QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2012
- FARHAT, Saïd. Dicionário Parlamentar e Político: o Processo Político e Legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos, 1996
- FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Contrato de Fiança. São Paulo: Saraiva, 2010
- FILHO, Milton Paulo de Carvalho. Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, 6ª ed., São Paulo: Manole, 2012
- FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo, 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008
- FRADERA, Vera Maria Jacob. Os contratos autônomos de garantia. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 53, nov. 1991

GAGLIANO, Pablo Stolze / FILHO, Rodrigo Pamplona. Novo curso de direito civil, v. 1, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004

GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção Fidejussória de Dívida. Coimbra: Almedina, 2000

\_\_\_\_\_. Estudos de Direito das Garantias. Coimbra: Almedina, 2004

GOMES, Orlando. Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990

\_\_\_\_\_. Contratos, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997

\_\_\_\_\_. Contratos, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001

\_\_\_\_\_. Contratos, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático. Parte Geral, Obrigações, Contratos, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2001

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: Uma Leitura Sistemática Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 104, nº 396, março-abril/2008

INOCÊNCIO, Antônio Ferreira. Da fiança Civil e Comercial. São Paulo: Jalovi, 1982

JÚNIOR, Clito Fornaciari. O Bem de Família na Execução da Fiança - A Penhora e o Bem de Família do Fiador de Locação. São Paulo: RT, 2003

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (Coordenador Científico). Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010

\_\_\_\_\_. Garantias das Obrigações, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2ª ed., São Paulo: RT, 1984

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado, t. XLIV, 3ª ed., São Paulo: RT, 1984

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: Atualidades II: Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

NETO, João Hora. O Bem de Família, a Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 5, n. 29, jan. 2007

NETO, S. J. de Assis. Curso Básico de Direito Civil, vol. II, Obrigações e Contratos. Niterói: Impetus, 2009

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003

\_\_\_\_\_. O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994

PACHECO, José da Silva. Tratado das Locações, Ações de Despejo e outras. 10ª ed., São Paulo: RT, 1998

PAULO, Vicente / ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado, 8ª ed., São Paulo: Método

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1984

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Civil, vol. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005

- REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1986
- RITONDO, Domingo Pietrangelo. Bem de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2000
- ROPPO, Enzo. O Contrato (Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, do original *Il Contratto*). Coimbra: Almedina, 2009
- SANTOS, Gildo dos. Fiança. São Paulo: RT, 2006
- SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Coisas, Tomo X, 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- \_\_\_\_\_. O direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista de Direito do Consumidor. N. 46, abril-junho, 2003. Ed. Revista dos Tribunais
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos, 4ª ed.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. A Nova Lei do Inquilinato Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1993
- TARTUCE, Flávio. A Função Social dos Contratos. São Paulo: Método, 2005
- \_\_\_\_\_. Direito Civil: Teoria dos Contratos e Contratos em Espécie, vol. 3, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007
- TELLES, Inocência Galvão. Direito das Obrigações, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- \_\_\_\_\_. Manual dos Contratos em Geral, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. II, 7ª ed. (6ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 1997

\_\_\_\_\_. Das Obrigações em Geral, 10ª ed., vol. 2. Coimbra: Almedina, 2003

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008

\_\_\_\_\_. Direito Civil: Contratos em espécie, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002

\_\_\_\_\_. Direito Civil ó Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2

\_\_\_\_\_. Lei do Inquilinato Comentada, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2003

\_\_\_\_\_. Lei do Inquilinato Comentada, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010

## **ANEXOS**

Lei 8.009, de 29 de março de 1990

Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Fragmento)



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990.**

[Conversão da Medida Provisória nº 143, de 1990](#)

Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Faço saber que o **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** adotou a Medida Provisória nº 143, de 1990, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, NELSON CARNEIRO, Presidente do Senado Federal, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte lei:

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.

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

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

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

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

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

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

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

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

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

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. ([Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991](#))

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do [art. 70 do Código Civil](#).

Art. 6º São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta lei.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 29 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

NELSON CARNEIRO

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.3.1990.



# Presidência da República

## Casa Civil

### Subchefia para Assuntos Jurídicos

#### LEI Nº 8.245, DE 18 DE OUTUBRO DE 1991.

#### Mensagem de veto

Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

#### TÍTULO I

#### Da Locação

#### CAPÍTULO I

#### Disposições Gerais

#### SEÇÃO I

#### Da locação em geral

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;
2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;
3. de espaços destinados à publicidade;
4. em *apart-* hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

(...)

#### SEÇÃO VII

#### Das garantias locatícias

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I - caução;

II - fiança;

III - seguro de fiança locatícia.

IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

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

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

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

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

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

Art. 39. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

I - morte do fiador;

II - ausência, interdição, recuperação judicial, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; [\(Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

III - alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador;

IV - exoneração do fiador;

V - prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo;

VI - desaparecimento dos bens móveis;

VII - desapropriação ou alienação do imóvel.

VIII - exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento; [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

IX - liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

X - prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

Parágrafo único. O locador poderá notificar o locatário para apresentar nova garantia locatícia no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de desfazimento da locação. [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

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

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

(...)

Art. 82. O art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

"Art. 3º .....

....."

[VII](#) - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."

(...)

Art. 89. Esta lei entrará em vigor sessenta dias após a sua publicação.

Art. 90. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente:

I - o [Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934](#);

II - a [Lei nº 6.239, de 19 de setembro de 1975](#);

III - a [Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979](#);

IV - a [Lei nº 6.698, de 15 de outubro de 1979](#);

V - a [Lei nº 7.355, de 31 de agosto de 1985](#);

VI - a [Lei nº 7.538, de 24 de setembro de 1986](#);

VII - a [Lei nº 7.612, de 9 de julho de 1987](#); e

VIII - a [Lei nº 8.157, de 3 de janeiro de 1991](#).

Brasília, 18 de outubro de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

FERNANDO COLLOR  
*Jarbas Passarinho*

**Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 21.10.1991**