



**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais (FAJS)
Curso de Direito**

RODRIGO MOURA BARROS MARTINS

**Direito de Moradia e a Possibilidade da Penhora do Bem de Família do Fiador
em Contratos de Locação**

Brasília
Outubro de 2014



**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais (FAJS)
Curso de Direito**

RODRIGO MOURA BARROS MARTINS

**Direito de Moradia e a Possibilidade da Penhora do Bem de Família do Fiador
em Contratos de Locação**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor-orientador: João Ferreira Braga

Brasília
Outubro de 2014

A Deus, pela vida e salvação.
Aos meus pais, pelo exemplo, incentivo e dedicação.
Minha eterna gratidão.

Agradecimento

Ao professor orientador João Ferreira Braga
pela imprescindível orientação e pelo incentivo.

“Não sejas como aqueles que com apertos de mãos empenham-se com outros e se tornam fiadores de dívidas; se você não tem como pagá-las, porque correr o risco de perder até a cama em que dorme?”

Provérbios 22: 26-27

Resumo

O presente trabalho percorreu a doutrina e a jurisprudência com o objetivo de encontrar as posições a respeito da penhora do bem de família do fiador na execução de contrato de locação firmado entre locador e locatário visto não ser esta uma questão pacificada na hermenêutica jurídica. Para tanto, tratou-se no primeiro capítulo, do direito social à moradia, a hermenêutica formada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e aspectos gerais sobre o bem de família. No segundo capítulo, foram examinados aspectos da teoria geral dos contratos, em especial, os contratos de locação, abordando a adesividade do contrato no que cabe ao fiador e posicionamentos em relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de locação, principalmente na abordagem do artigo 47 do CDC no que tange à suposta hipossuficiência do locatário em relação ao locador. No terceiro capítulo, buscou-se dar ênfase ao sistema de garantias aplicável aos contratos de locação, sendo uma questão de grande relevância a carência do sistema de garantias locatícias abrangido pelo rol taxativo do artigo 37 da Lei n. 8.245/91. O quarto e último capítulo concretizou o entendimento da infringência ou não dos princípios constitucionais em relação à possibilidade de penhora do bem de família do fiador abarcado pelo artigo 3º, Inciso VII da Lei n. 8.009/90, apresentando tanto o entendimento jurisprudencial, por meio das decisões dos tribunais superiores, como o entendimento doutrinário e o conflito existente entre esses dois polos em relação à vigência dos princípios constitucionais na aplicação do instituto em tela. Após o estudo dos fundamentos legais e das recentes decisões assumidas pelos tribunais superiores, constata-se que a jurisprudência tem seguido o entendimento de que a penhora do bem de família do fiador não infringe o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal/1988. Apesar disso, esse ainda é um tema polêmico que merece grande atenção na doutrina e legislação jurídica.

Palavras-chave: bem de família, contrato de locação, garantias locatícias, fiança, penhora, direito civil.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. O direito social à moradia: aspectos constitucionais do tema.....	11
1.1. A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: a Proteção à Pessoa Humana é Questão de Ordem Pública	11
1.2. Princípios Regentes	12
1.3. O Bem de Família e a Proteção Constitucional	14
1.3.1. Critérios Classificatórios: Legal e Voluntário	15
2. Aspectos da Teoria Geral dos Contratos	16
2.1. Princípios Elementares das Relações Contratuais.....	19
2.2. A Locação e seu Tratamento Normativo	21
2.3. O Contrato de Locação e as Peculiaridades Existentes.....	23
2.3.1. Das obrigações do Locador e Locatário.....	27
2.3.2. A Adesividade do Contrato no que Tange ao Feador.....	33
2.3.3. Posicionamentos Relacionados à Aplicação do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor	37
3. O sistema de garantias aplicáveis ao contrato de locação	40
3.1. O Disciplinamento Normativo	42
3.1.1. O Posicionamento Doutrinário.....	45
3.2. As Garantias Locatícias.....	48
3.2.1. Caução.....	48
3.2.2. Fiança.....	49
3.2.3. Seguro Fiança	54
3.2.4. Cessão Fiduciária de Quotas e Fundo de Investimento	57
4. A penhora do bem de família.....	59
4.1. A Construção Jurisprudencial.....	62

4.1.1. Recurso Extraordinário nº 407688-8/SP, Relator Min. Cezar Peluso, Pleno STF, Data do Julgamento 08/02/2006, Data da Publicação 06/10/2006. .62	
4.1.2. Agravo de Instrumento nº 856943/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento 23/10/2012, Data de Publicação 29/10/2012.63	
4.1.3. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 612.360/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Pleno STF, Data do Julgamento 13/08/2010, Data da Publicação 03/09/2010.64	
4.1.4. Apelação nº 992080245390/SP, Relator Ministro Antônio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento 12/08/2010, Data de Publicação 23/08/2010.66	
4.1.5. Agravo de Instrumento nº 20140020137654 DF 0013870-58.2014.8.07.000, 6ª Turma Cível do TJDF, Relatora Ministra Ana Cantarino, Data de Julgamento 30/07/2014, data de Publicação 05/08/2014.....67	
4.2. Expectativas Possíveis em Relação ao Sistema de Garantias Locativas, à Luz dos Princípios Constitucionais.....67	
Conclusão.....73	
Referências Bibliográficas76	

INTRODUÇÃO

O direito a moradia é um direito social previsto na Constituição Federal em seu artigo 6º, incluído pela Emenda Constitucional nº 26, que deve ser garantido aos que têm e aos que não possuem um bem imóvel. Entretanto, para que esse direito seja gozado, várias relações são constituídas entre as pessoas, entre elas, a do locador e do locatário quando o primeiro cede ao segundo as faculdades de usar e gozar de um determinado bem imóvel.

Cabe ao Estado mediar essa relação com a propositura de instrumentos jurídicos que amparem cada uma das partes nas suas individualidades e nos seus direitos. A Lei n. 8.245/91, mais conhecida como a Lei do Inquilinato, e o Código Civil regem as relações oriundas do instituto das locações de bens imóveis, naquilo que cada um deve fazer durante o acordo, como o bem imóvel deve ser entregue e como a retribuição pela entrega do bem deve ser adimplida.

A questão mais peculiar gira em torno das garantias legais que devem ser prestadas pelo locatário para a constituição da locação do bem imóvel pelo acordo estipulado. No caso da garantia prestada pelo fiador, a Lei n. 8.009/90 em seu artigo 3º, inciso VII, declara que o seu bem de família poderá responder por dívidas contraídas por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Há nos tribunais superiores o mesmo entendimento de que o bem de família do fiador, em contrato de locação, responde por débitos adimplidos pelo locatário no decurso do contrato pactuado com o locador. Entretanto, essa questão não está pacificada e merece uma discussão mais aprofundada que possa revelar as razões dos juízos que traga ao fiador uma possibilidade de responder pelos débitos do locatário de uma forma que não comprometa o seu bem de família e que revele, ainda, os fundamentos sobre os quais se apóiam aqueles que são contrários a esse instrumento.

Outra questão que merece ser analisada de forma mais detida é a do sistema de garantias existente no ordenamento jurídico brasileiro. Este é carente de regras que cumpram na sua integralidade e de forma justa as obrigações advindas da locação. As garantias muitas vezes exigem do locatário certa onerosidade, como é o exemplo da caução, do seguro fiança e

do título de capitalização e, apesar disso, são insuficientes, na sua maioria, para satisfação das obrigações.

Embora haja uma diversidade de garantias, a forma mais utilizada é a da fiança porque não exige, obrigatoriamente, um encargo do locatário para que a estabeleça em seu contrato e porque não possui limites para satisfação dos débitos oriundos da locação. O fiador poderá também responder de forma solidaria durante a locação, caso renuncie ao benefício de ordem.

Esta pesquisa tem como objeto a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação e tem como objetivo maximizar o confronto de fundamentos sobre os quais se baseiam os que defendem a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação para satisfação do artigo 3º VII da Lei n. 8.009 e aqueles que defendem a inconstitucionalidade do referido artigo. É uma abordagem ao direito social de moradia versus a obrigação da garantia do contrato locatício.

Este trabalho faz uma incursão na bibliografia da área, e nesta, buscou-se selecionar as obras mais atuais. Entretanto, foram encontradas discussões muito relevantes de produções realizadas há mais de cinco anos, fato que não desabona tais referências pela atualidade das opiniões expressas por seus autores.

1. O DIREITO SOCIAL À MORADIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO TEMA

Os direitos sociais são encontrados no artigo 6º da Constituição Federal de 1.988, e fazem parte de um rol exemplificativo, não se limitando ao texto desse artigo, que proclama serem os estes os direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (MORAES, 2008).

Segundo Alexandre de Moraes (2008), os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, definindo-se como verdadeiras liberdades positivas, sendo de extrema importância a observância destes num Estado Social de Direito, pois possuem como principal finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, gerando uma igualdade social.

De acordo com Magno Federici Gomes (2008), os direitos sociais consistem em limitações impostas ao Poder Público para que o indivíduo não tenha determinados direitos afetados pela ingerência do Estado em sua esfera jurídica. Esses são direitos básicos que sempre serão garantidos para todos os cidadãos.

O direito social à moradia é recente, e teve sua inclusão por determinação da Emenda Constitucional de n. 26 do ano 2000, dando nova redação ao artigo e classificando a moradia como um direito fundamental do homem e como um fundamento do Estado (MORAES, 2008).

Tendo em vista a previsão constitucional na defesa da moradia como um direito social, em conjunto com demais princípios previstos, também na constituição, há completa fundamentação para a corrente favorável a impenhorabilidade do bem de família do fiador, consubstanciando a preservação do direito à moradia.

1.1. A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: a Proteção à Pessoa Humana é Questão de Ordem Pública

O princípio da dignidade da pessoa humana se baseia no valor intrínseco do ser humano. É um fundamento do Estado que se concretiza na

proteção desse valor. Essa dignidade se manifesta na relação social e pressupõe que o indivíduo tenha condições de acesso e usufruto de bens que garantam a sua subsistência e a sua participação no meio social onde ele está inserido (MILAGRES, 2011).

De acordo com Marcelo de Oliveira Milagres (2011, p. 129), o princípio da dignidade da pessoa humana é:

“Como fundamento é valor supremo de toda ordem jurídica, está na base de todas as relações da vida nacional, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais da pessoa humana desde a vida iniciante. É princípio absoluto, universal, não comportando, pois, nenhuma relativização”.

Nas palavras do autor, a dignidade da pessoa humana é um princípio que não poderá ser relativizado, pois se trata de princípio absoluto, devendo todo o ordenamento jurídico se submeter a ele. Não apenas o Estado tem o dever de observá-lo, mas todos os indivíduos, sujeitos ao ordenamento jurídico brasileiro têm o dever de respeitá-lo e promovê-lo (MILAGRES, 2011).

As condições de acesso e usufruto a bens materiais incluem a moradia que é essencial ao desenvolvimento do ser humano e do seu núcleo familiar por ser o espaço existencial que garante a proteção e a integridade física do indivíduo e do seu núcleo parental. É essa condição básica que transcende da proteção material para a proteção moral (MILAGRES, 2011).

A moradia é âmbito de autonomia privada e constitui o primeiro núcleo de desenvolvimento social do homem, por isso, necessita da devida tutela jurisdicional do Estado (MILAGRES, 2011).

Portanto, a proteção da dignidade da pessoa humana por parte do Estado é questão fundamental em um ordenamento jurídico e tem como finalidade a garantia da ordem social e do pleno desenvolvimento do indivíduo como membro da sociedade, necessitando, porém, de ampla proteção do Estado por se constituir como questão de ordem pública (MILAGRES, 2011).

1.2. Princípios Regentes

De acordo com Magno Federici Gomes (2008), os princípios constitucionais regentes no instituto jurídico do direito à moradia são: o

princípio da dignidade da pessoa humana, já explicado acima, o princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Segundo o autor, o princípio da isonomia, ou da paridade simétrica, está previsto no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal. A isonomia é um princípio constitucional que iguala os cidadãos em direitos e obrigações. Esse autor divide a igualdade em material e formal.

“A igualdade formal se refere ao direito subjetivo abstrato que todo cidadão tem de acionar a tutela estatal, procurando o poder judiciário para solucionar conflitos. Já a igualdade material é o direito a diferença, é uma igualdade geométrica baseada na noção aristotélica eternalizada” (GOMES, p. 19, 2008).

Enquanto na igualdade formal todos são vistos como uma categoria que deve receber o mesmo tratamento da justiça, na igualdade material admite-se que existam diferenças que a justiça deve corrigir, por exemplo, dando a cada um segundo a sua necessidade (GOMES, 2008).

A proporcionalidade e a razoabilidade também são princípios constitucionais regentes no instituto do direito a moradia. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são princípios interpretativos que limitam “a aplicação e redação de normas para que elas estejam em conformidade com a Constituição e aos seus princípios fundamentais” (GOMES, p. 20, 2008). Portanto, eles devem ser aplicados quando duas ou mais lei forem concorrentes. A sua aplicação visa garantir a prevalência dos direitos fundamentais da Constituição (GOMES, 2008).

Aplicando-se esses dois princípios procura-se estabelecer um juízo de valor entre duas ou mais normas igualmente vigentes para dirigir a ação do julgador ou legislador quanto ao que deve prevalecer, primando por não ferir os direitos fundamentais constitucionais. É o que se observa quando está em questão a penhora do bem de família, em que o princípio da isonomia e a garantia do direito a moradia estão em questão, merecendo a aplicação desses princípios para que a solução encontrada não fira o direito fundamental.

1.3. O Bem de Família e a Proteção Constitucional

A moradia é classificada como uma das necessidades mais essenciais do ser humano e constitui-se como fator básico de sobrevivência e estabilidade econômica, política e familiar da sociedade.

De acordo com Ricardo Arcoverde Credie (2004), idealmente, a moradia não pode, em hipótese alguma, se nivelar aos bens imóveis suscetíveis de apreensão judicial e deve ficar resguardada de qualquer intenção de cunho meramente econômico para a apreensão do bem com a finalidade de satisfação de algum débito, pois se constitui como sede do núcleo familiar.

No intuito de preservação da sede do núcleo familiar houve a criação do instituto chamado bem de família que visa a preservação deste grupo mediante condições dignas de sobrevivência. O instituto do bem de família é de origem norte americana e é classificado como o *homesteadact*, definido como uma parte da terra pertencida aos chefes de família que possuíam proteção contra penhora por qualquer débito contraído pelo proprietário do imóvel após a aquisição deste (PEREIRA, 2012).

A família, na Constituição Federal, é tida como base da sociedade e possui proteção especial do Estado, como dispõe seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O bem de família possui previsão legal nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002, e na Lei n. 8.009/90, especificamente no artigo 1º que dispõe:

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.

Todos os conceitos possuem previsão direta em relação ao disposto no artigo 226 da Constituição, garantindo a família como base da sociedade, especial proteção ao bem de família, como sede do núcleo familiar (CREDIE, 2004).

1.3.1. Critérios Classificatórios: Legal e Voluntário

De acordo com o artigo 1.711 do Código Civil, a definição do bem de família voluntário depende da vontade da entidade familiar ou dos cônjuges e deverá ser feita através de um testamento ou por meio de escritura pública (GOMES, 2008).

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2012), o bem de família instituído por testamento, pela instituição estar sujeita a morte do testador, tendo em vista a eficácia *post mortem* da disposição de última vontade, só terá vigência com a eventual subsistência e execução do testamento.

O bem de família voluntário tem como principal diferença em relação ao bem de família legal, que a sua constituição surge unicamente da vontade do agente, enquanto o bem de família legal surge independentemente de qualquer manifestação de vontade, mas sim por imposição legal, nos termos do artigo 1º da Lei n. 8.009/90 (GOMES, 2008).

Uma vez preenchidos os requisitos do artigo 1º da Lei será constituído o bem de família legal, não por vontade do agente, mas por imposição legal imposta pelo próprio Estado que, com a finalidade de proteção da moradia, garante ao proprietário do bem imóvel a constituição do seu bem como bem de família, sem que haja, necessariamente, o preenchimento de todos os requisitos necessários para a constituição do bem de família voluntário (GOMES, 2008).

Segundo Magno Federici Gomes (2008), a proteção do bem de família, seja ele legal ou voluntário não se limita a família em si, mas também abrange, nos termos do artigo 226, parágrafo 4º da Constituição Federal, a própria Lei n. 8.009/90, o indivíduo solteiro como sujeito resguardado pelo instituto do bem de família, tendo em vista que a lei possui como principal objetivo a proteção do direito social à moradia como direito fundamental da pessoa humana.

Uma vez instituído o bem de família, ele será isento de qualquer execução por dívidas posteriores à sua constituição, tendo como exceção apenas os condomínios e tributos referentes ao imóvel. O bem de família, entretanto, não poderá ter um valor maior do que um terço do patrimônio líquido de seu instituidor no momento em que houve a sua instituição (PEREIRA, 2012).

2. ASPECTOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Contrato é um negócio jurídico bilateral pautado no consentimento entre as partes de cada polo. Segundo Caio Mario, um negócio jurídico tem como fundamento ético a vontade humana e tem como efeito a criação de direitos e obrigações. Não obstante, entende Sílvio Rodrigues, que se considera contrato, “o fato do acordo de vontades entre as partes criar, ou não, obrigações recíprocas entre elas” (RODRIGUES, 2005, p. 29).

Logo, o contrato é definido pelo consenso, acordo, ajuste ou combinação, entre os dois polos existentes deste acordo (MICHAELIS, 2000). A vontade humana, uma vez expressa em um acordo, gera direitos e obrigações entre as duas partes. Portanto, cada uma delas estará obrigada àquilo que foi definido no contrato, no qual a prestação de uma das partes contraentes se torna o nexó lógico à prestação do outro contratante (RODRIGUES, 2005, p. 29), sendo o contrato uma fonte de obrigação entre ambas as partes (MONTEIRO, 2013).

Não obstante o contrato ser fonte geradora de obrigações entre as partes, ele é, primeiramente, um negócio jurídico, e, por isso, precisa preencher os requisitos do artigo 104 do Código Civil para que tenha validade, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei (MONTEIRO, 2013). Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2012), nenhuma das partes pode ser portadora de inaptidão específica para contratar, tendo em vista que essa inaptidão sujeitaria o acordo à nulidade, pois não suportaria requisitos essenciais para conjectura da relação contratual.

Orlando Gomes (2001) conceitua a formação dos contratos no momento em que nasce o vínculo entre as partes. As declarações de vontade, expressas ou tácitas feitas por cada uma das partes, dão início à relação jurídica contratual, começando pela declaração inicial que é chamada de proposta ou oferta, feita pela proponente e confirmada, ou aceita, pelo declarante. Preenchidos esses requisitos dá-se início a relação jurídica contratual.

Os contratos, em regra, podem ser bilaterais ou unilaterais. De acordo com a doutrina majoritária, que se fundamenta aqui no entendimento de Caio Mario da Silva Pereira, o contrato é negócio jurídico bilateral, pois para que

haja a sua constituição é necessária declaração de vontade das pessoas que irão participar dele, de uma e de outra parte. Contudo, ele será classificado como unilateral ou bilateral a depender dos seus efeitos, conforme gere obrigações para apenas uma das partes ou para ambas, como pode ser observar abaixo:

Considerando sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral [...] encarados do ângulo de seus efeitos, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente (PEREIRA, 2012, p. 56).

Segue o mesmo entendimento, Washington de Barros Monteiro (2013, p. 19) afirma:

Sem o decurso de duas pessoas, pelo menos, impossível surgir o contrato, não se podendo admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, credor e devedor de si mesmo [...].

De acordo com a doutrina de Orlando Gomes, os contratos bilaterais são conhecidos também como contratos sinalagmáticos, onde cada obrigação de um dos contratantes tem por causa a prestação da outra parte ou a “dependência recíproca das obrigações” (GOMES, 2001, p.91). Essa doutrina respalda também a exceção de contrato não cumprido, que pressupõe que a falta do cumprimento da obrigação de uma das partes garante à outra parte o direito de também não cumpri-lo. Não poderá ser exigida da outra parte a sua prestação se quem cobra não tiver cumprido a sua obrigação no contrato. A falta do cumprimento de um dos sinalagmas enseja a exceção de contrato não cumprido, desde que constituída a relação contratual.

O contrato, entretanto, só tem a capacidade de estabelecer direitos entre os agentes desse acordo se estiver em conformidade com a norma legal, caso contrário, haverá nulidade absoluta pela falta de previsão legal ao que está sendo pactuado. Uma vez estipulado um acordo entre duas partes que não esteja submetido à própria lei ou fonte de direito existente, haverá nulidade, pois o contrato não prevalece sobre a ordem legal vigente, mas se constitui apenas como uma expressão da vontade humana, que permanece sujeita às normas e regras vigentes. Preenchendo a todos esses requisitos o contrato passa a ter efeitos jurídicos (PEREIRA, 2012).

O Código Civil, em seu artigo 421, dispõe que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Logo, a autonomia de vontade das partes no contrato será limitada de acordo com sua função social. O que for estipulado não terá validade se, em primeiro lugar, não estiver submetido a uma ordem legal, como dito acima, e se desrespeitar os limites da sua função social.

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade individual em face do interesse coletivo. O interesse social deve prevalecer ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade do indivíduo contratante prevalecendo, assim, a ordem pública e a justiça comutativa à autonomia de vontade das partes contratantes. A liberdade de contratar não está desassociada da função social que o contrato deve cumprir.

Além da função social, o contrato tem como objetivo gerar entre as partes limites para a relação jurídica constituída entre ambas. No entendimento de Caio Mario da Silva Pereira, os contratos têm entre os contratantes uma função educativa, econômica, social e a individualidade humana.

A função educativa tem como objetivo impor regras entre os contratantes, especialmente de comportamento na consecução do desejado. Por mais que os indivíduos não se gostem, eles se respeitam, pois estão subordinados ao pacto estipulado entre eles. Já a função econômica visa garantir a estabilidade da ordem econômica, obrigando relações econômicas ao seu devido cumprimento. Sem o contrato, não há no que se falar nas relações econômicas modernas, pois é ele que estabelece parâmetros e obrigações entre as partes para a satisfação mútua e condizente entre si.

A função social propriamente dita se constitui no desenvolvimento das atividades sociais sem distinção de classe, padrão econômico ou grau de instrução. Na individualidade humana o contrato é fonte criadora de direitos entre as partes e se assemelha as leis em um âmbito mais restrito. O contrato se torna lei entre as partes.

2.1. Princípios Elementares das Relações Contratuais

Segundo Washington de Barros Monteiro (2013), os princípios fundamentais do direito dos contratos são: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da supremacia da ordem pública, o princípio da obrigatoriedade da convenção, o princípio da função social do contrato, e por último, o princípio da probidade e boa-fé.

O princípio da autonomia da vontade diz respeito à liberdade de contratar das partes, podendo elas, através do acordo de vontades, criar lei entre si. O contrato é fonte geradora de direitos e obrigações e, uma vez realizado, por meio da livre vontade, cria lei entre as partes. De acordo com Silvio Rodrigues (2005), o princípio da autonomia das vontades é a possibilidade de os indivíduos criarem relações na órbita do direito, “relações a que a lei empresta validade” (p.17).

De acordo Silvio Salvo Venosa (2013), a liberdade de contratar diz respeito à modalidade de contrato que as partes podem estipular entre si e a liberdade propriamente dita de estabelecer o conteúdo formal do contrato e de poder contratar ou não. Logo, o contrato nasce da vontade livre das partes, onde cada uma delas pode primeiramente celebrar contratos entre si, criando assim lei entre elas e podem escolher a modalidade de contrato em que desejam celebrar (PEREIRA, 2012).

Diante da autonomia da vontade das partes, a disposição legal detém caráter subsidiário em relação ao contrato realizado, e irá se manifestar apenas nos pontos em que as partes se tornarem silentes ou quando houver “carência das vontades particulares” (GOMES, 2001).

Tal princípio, entretanto, não possui autonomia absoluta e sempre estará subordinado ao princípio da supremacia do interesse público, trazendo em si limites que impossibilitam aos indivíduos celebrar um pacto que vá além da moral, da ordem pública e dos bons costumes. Não pode um acordo particular entre duas ou mais pessoas se sobrepor ao interesse coletivo. A liberdade em contratar sempre estará subordinada a esses requisitos (MONTEIRO, 2013).

A liberdade de contratar reconhecida a qualquer indivíduo que tenha capacidade para prática de tal ato, sempre estará subordinada a uma ordem jurídica superior. Nesse entendimento, Caio Mário afirma que:

Se a ordem jurídica interdiz o procedimento contra certos princípios, que se vão articular na própria organização da sociedade ou na harmonia das condutas, a sua contravenção penetra as raias do ilícito e o ato negocial resultante é ferido de ineficácia (PEREIRA, 2012, p. 23).

A autonomia de vontade das partes na celebração de um contrato sempre estará subordinada ao interesse coletivo, não há que se falar em ampla liberdade de contratar, pois esta sempre deverá respeitar a supremacia da ordem pública. A liberdade de contratar cessa no momento em que a norma jurídica impõe limites a essa contratação.

No tocante ao princípio da função social, como dito acima, este possui previsão legal no artigo 421 do Código Civil e diz respeito à limitação da autonomia da vontade das partes. Por conseguinte, ele se restringe a regimes que admitem a propriedade individual, preservando os equilíbrios que mantêm as relações entre as pessoas entre si e entre essas e o Estado.

Dada a necessidade de o contrato observar os princípios mencionados acima e constituída a relação contratual, as partes se submetem ao que foi pactuado e o contrato torna-se lei entre elas, *pacta sunt servanda*. A revogação das vontades estabelecidas no contrato, só se realiza mediante novo concurso de vontades, dada a sua força de restrição obrigatória das vontades individuais alheias ao pacto constituído, definindo assim o conceito do princípio da obrigatoriedade.

Agrega ao conteúdo da aplicação deste, o princípio da intangibilidade, pelo qual nem mesmo o juiz pode alterar o conteúdo do que foi pactuado entre as partes (GOMES, 2001).

Em relação ao princípio da boa-fé, a sua aplicação incide mais sobre a interpretação do que sobre a estrutura do contrato, prevalecendo nessa interpretação a boa-fé das partes tanto na constituição, na execução como no adimplemento do pacto constituído.

A boa-fé é tida como cláusula geral no Código Civil de 2002 e poderá ser classificada como objetiva ou subjetiva. Porém, o artigo 422 do Código Civil, que trata desse instituto, se refere à boa-fé objetiva que é característica das relações obrigacionais e que busca do agente um comportamento de cooperação na relação jurídica, exigindo um padrão de conduta de acordo com o que está sendo exigido da parte na relação contratual.

Não obstante, o princípio da probidade versa sobre a forma como esta conduta deverá ser exercida, determinado que os agentes ajam sempre de forma a respeita os deveres de veracidade, integridade, honradez e lealdade.

2.2. A Locação e seu Tratamento Normativo

Em relação ao tratamento normativo da locação, é necessário que se faça primeiramente uma distinção do que se refere a bens móveis e bens imóveis, tendo em vista que a locação possui uma conceituação ampla e carece de especificação para que seja continuado o seu estudo em um tema delimitado. Para este trabalho, buscou-se dar ênfase na conceituação de bens imóveis suscetíveis a locação.

O Código Civil dispõe que “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” (art. 79) e também, que “não perdem o caráter de imóveis: as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem” (Artigo 81). Já os bens móveis, são aqueles “suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”, nos termos do artigo 82 do Código Civil.

Em suma, cada espécie de bem terá seu tratamento normativo específico, como exemplo, a Lei Inquilinária de número 8.245/91 (objeto deste trabalho e que terá uma maior explanação posteriormente) que se refere às locações de bens imóveis com finalidades residenciais e comerciais. Segundo Sylvio Capanema de Souza (2012), o campo de incidência das relações locatícias de bens imóveis com finalidade residencial ou comercial, se exaurem exclusivamente nos regramentos previstos na Lei do Inquilinato, servindo o Código Civil apenas para disciplinar as relações locatícias relativas a locações de bens móveis e imóveis urbanos compreendidos no parágrafo único do artigo 1º da Lei Inquilinária, como dispõe a seguir:

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.

Cada uma das exceções terá a sua previsão específica. A locação dos bens de propriedade da União, Estados e Municípios será regulada pelo Decreto-Lei n. 9.760/46. As vagas autônomas, por não possuírem legislação específica, terão sua disciplina legal prevista no próprio Código Civil, assim como os espaços destinados à publicidade. Os *apart*-hotéis, por serem imóveis sujeitos a locação de pequena temporada, imóveis com acentuada rotatividade, serão disciplinados aqui pelo Código Civil (SOUZA, 2012).

Vale ressaltar também, de acordo com Sylvio Capanema de Souza (2012), que os bens imóveis rurais têm como norte direcionador o Estatuto da Terra que regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, como dispõe o artigo 1º da Lei n. 4.504/64:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola.

§ 1º Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

§ 2º Entende-se por Política Agrícola o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do país.

É certo que tal estatuto regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, compreendendo assim também o instituto das locações, tendo em vista ser forma de obrigação sinalagmática, como analisado acima. É necessário, porém, entender que a definição de imóvel urbano e imóvel rural não é balizada pela localização onde cada um deles se encontra, mas sim pela predominância da utilização. Diferentemente da definição do Direito Tributário, onde o imóvel urbano é aquele que esteja situado dentro de um perímetro urbano, e rural ou rústico, aquele que esteja além do perímetro urbano, nas locações, o que deverá ser analisado é simplesmente o critério de utilização do bem, se será para fins rurais, aplicando aqui o Estatuto da Terra, ou se será

para fins urbanos, que compreendem a locação residencial ou comercial, aqui regida pela Lei do Inquilinato, observadas as suas exceções, como foi explicado anteriormente (SOUZA, 2012).

Feita a distinção, cumpre ao presente trabalho concentrar-se na conceituação dos bens imóveis urbanos sujeitos a locação, ou seja, os bens não fungíveis capazes de serem cedidos a outrem que venha usar e gozar deste por tempo determinado e mediante certa retribuição, nos termos do artigo 565 do Código Civil.

A locação tem seu tratamento normativo exposto no título VI, artigos 565 a 578 do Código Civil, e no caso dos bem imóveis suscetíveis a locação, tem a sua previsão legal na Lei n. 8.245/91, mais conhecida como a Lei do Inquilinato. Possui previsão constitucional no artigo 6º da Constituição Federal quando diz respeito do direito à moradia, previsto como um direito social.

2.3. O Contrato de Locação e as Peculiaridades Existentes

O contrato de locação é o acordo de vontades onde uma parte cede à outra determinado bem, móvel ou imóvel, por determinado período de tempo, o uso e gozo desse objeto, de acordo com o artigo 565 do atual Código Civil, como dito acima.

Os contratos de locação se diferenciam quanto ao seu objeto, quanto aos contratos que versem sobre a entrega de coisas e entre aqueles que têm como objeto um trabalho ou um direito. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, a “tradição romana” deixou três espécies de locações, sendo a *locatio-conductorum*, o aluguel de bens móveis e imóveis; a *locatio-conductiooperarum* a locação de serviços, amparada em sua maioria pelo Direito Social (RODRIGUES, 2005); e a *locatio-conductiooperis* que trata sobre obra e empreitada. Dentre as três espécies cabe, porém, a este trabalho se delimitar a *locatio-conductorum*, especificamente a locações que tratam sobre prédios urbanos, ou seja, imóveis residenciais e comerciais sujeitos a locação (PEREIRA, 2012).

Na locação, têm-se nos dois polos do pacto locatício, as figuras do locador e do locatário. O locador ou *senhorio* é aquele que detém as faculdades de uso e gozo do bem imóvel e que possui a capacidade de ceder

essas faculdades de forma legal a outro sujeito, denominado locatário (PEREIRA, 2012). Não há no que se falar em locação quando não se encontrar na figura do locador a presença dessas faculdades. Para Rudolf Von Ihering (2005) a locação nada mais é do que a cessão de algumas dessas faculdades a pessoa do locatário que, por usufruir destas, terá que retribuir ao locador ou cessionário, da forma como for estipulado em convenção pactuada entre as partes.

A posse é um fato, porém não exclui do locador os seus direitos em relação à coisa, desde que este seja o proprietário, pois continua sendo o detentor do direito de ser dono do imóvel (IHERING, 2005). Tal afirmação pode ser compreendida a partir da análise dos artigos 1.196 e 1.197, ambos do Código Civil, que dispõem:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

A locação garante ao locatário a posse direta ou de *factum* (IHERING, 2005) do bem imóvel que só pode se constituir legalmente quando houver a presença dessas faculdades na figura do locador, pois este não pode transferir ao locatário faculdades que não lhes são próprias. O artigo 1.196 do Código Civil é enfático em dizer que é “possuidor aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Logo, tal relação é constituída pela cessão de direitos de quem os tenha em relação ao objeto do pacto locatício, do contrário não poderia tal relação existir sendo amparada pelo ordenamento jurídico vigente.

Uma vez cedido tais direitos inerentes à propriedade, o locador, proprietário do bem imóvel não deixa de ser o dono da coisa. Nos termos do artigo 1.197 referido acima, a posse direta de quem a tenha não exclui a indireta de quem as cedeu, podendo aquele defender a sua posse, contra o possuidor indireto do bem, sendo obrigado a respeitar as regras estipuladas e os direitos cedidos ao locatário durante a locação, não podendo alegar a propriedade para extrapolar o acordo mútuo realizado entre as partes.

O locatário, uma vez detentor do uso e gozo do bem imóvel, poderá ceder esses direitos a outra pessoa, caracterizando assim o instituto da sublocação, previsto na Lei n. 8.245/91, nos seus artigos 14 a 16. Segundo Sylvio Capanema de Souza a sublocação se torna um contrato acessório em relação ao contrato de locação principal, pois o acompanha em todo e qualquer ato que sobrevier ao contrato principal. Uma vez anulado o contrato principal, anulada será também a sublocação, pois esta emana do pacto originário (SOUZA, 2012).

A sublocação, porém, não poderá ser feita sem o consentimento do locador, sob pena de nulidade do ato, nos termos do artigo 13 da própria Lei Inquilinato, que dispõe:

Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

§ 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição.

§ 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.

É possível ver a aplicação deste artigo na Apelação Cível Nº 70052004710 da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria de Ergio Roque Menine, Julgado em 28/02/2013:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO.

I. Preliminar de cerceamento de defesa afastada.

II. A legislação do inquilinato (Lei 8.245/91) não deixa qualquer margem de dúvidas no sentido de que, não havendo o pagamento pontual dos encargos locatícios ou havendo a sublocação do imóvel sem o consentimento do locador, é cabível a medida de despejo do locatário (arts. 13, 62 e 63, ambos da Lei 8.245/91).

III. Sentença e sucumbência mantidas.

Logo, a sublocação sem o consentimento do locador é medida passível de despejo, anulando assim o pacto realizado entre sublocador e Sublocatário.

Os contratos de locação são contratos sinalagmáticos, consensuais e onerosos. Como dito acima, os contratos sinalagmáticos são aqueles onde a obrigação de um dos polos tem como causa a prestação da outra parte. Nas locações, o locador entrega o bem ao locatário durante determinado período de tempo, ou não, desde que seja com prazo indeterminado, e o locatário entrega

a retribuição estipulada no contrato. Logo, a permanência do locatário no imóvel do proprietário só é cabível se este pagar a devida retribuição, e o pagamento da devida retribuição só é obrigatório se o locador realizar a devida entrega do bem imóvel objeto do contrato de locação. De acordo com a doutrina de Orlando Gomes (2001), este tipo de contrato possui sinalagma perfeito, pois não há que se falar em locação do imóvel sem o aluguel.

A *onerosidade* do contrato diz respeito ao próprio pagamento desse aluguel. O uso e o gozo correspondem ao pagamento do valor estipulado em contrato, dando razão ao propósito especulativo do contrato de locação. Para Orlando Gomes a onerosidade é da essência do contrato de locação, pois ao ceder o uso e o gozo da coisa, deve o locador, ser correspondido por certa retribuição convencionada entre ambas as partes.

Logo, o pagamento do aluguel emana da própria condição de possuidor do bem em questão por parte do locatário, caracterizando-se como condição principal para a caracterização do instituto da locação. Caso não haja a certa retribuição pela posse do bem, estaria desfigurado o contrato de locação, constituindo-se em comodato, uma vez que este se classifica como a entrega gratuita de coisa não fungível, nos termos do artigo 579 do Código Civil (GOMES, 2001), que dispõe:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

É *consensual*, pois o contrato se forma pelo simples acordo de vontades, e a tradição não se constitui como elemento constitutivo da relação contratual. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2012), o consenso é um elemento gerador do vínculo jurídico entre as partes, pois este define o momento em que as partes afirmam o acordo feito entre elas diante do objeto do contrato, onde o locador garante ao locatário que entregará a coisa, se este lhe entregar certa retribuição. Havendo consenso entre as partes diante das propostas, está constituído contrato de locação, independentemente da tradição da coisa (GOMES, 2001).

Os contratos de locação imobiliária são negócios jurídicos de duração variável, que tanto podem ser convencionados por prazo determinado quanto por prazo indeterminado. Nesse caso a Lei Inquilinária e nem o Código Civil

impõe limites ao prazo convencionado para o contrato, podendo ser livremente pactuado entre as partes. Os contratos de locação abrangem locação sobre bens infungíveis, pois se tratam de bens determinados que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade ou quantidade. Caso o contrário “o contrato se degenera em mútuo” (RODRIGUES, 2005, p.222), que é o empréstimo de coisas fungíveis onde o mutuário é obrigado a restituir o mutante em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de acordo com o artigo 586 do Código Civil.

2.3.1. Das obrigações do Locador e Locatário

De acordo com o artigo 566 do Código Civil, cabe ao locador realizar a entrega da coisa com suas pertencas e em estado de servir ao uso a que se destina bem como a mantê-la nesse estado durante o período do contrato. Ao locatário cabe servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse, pagando pontualmente os alugueis nos prazos ajustados e levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito nos termos do artigo 569 do Código Civil.

Há de se ressaltar aqui novamente, que o contrato de locação é um contrato sinalagmático exigindo, portanto, obrigações de ambas as partes. Segundo Sylvio Capanema de Souza, a reciprocidade das obrigações é indispensável nos contratos de locação, pois se tratam de contratos bilaterais e a eles se aplica tanto a exceção de contrato não cumprido quanto a cláusula resolutória tácita prevista no artigo 474 do Código Civil.

O imóvel deve atender as condições que se destina, caso contrário ensejará a rescisão contratual, pois não há no que se falar em locação de coisas se o bem em questão não atende a destinação que lhe é devida (GOMES, 2001). Sendo a locação comercial, o imóvel deve estar em condições aptas ao exercício da atividade comercial, caso contrário, o locatário não poderá usufruir da forma como se espera dos direitos inerentes a sua locação. Da mesma forma, nas locações residenciais, o imóvel deve estar em condições aptas à moradia do locatário e deve permanecer nesse estado até o fim do contrato, conforme o artigo 566 do Código Civil. Tem-se aqui a obrigação de

fazer do locador, em cuja inobservância poderá ter o seu contrato rescindido ou então deverá indenizar o locatário por não ter procedido da forma como se esperava em fase pré-contratual (RODRIGUES, 2005). Diante de tal situação e segundo Sylvio Capanema de Souza, poderá a parte lesada requerer a rescisão do pacto nos termos do artigo 475 do Código Civil que dispõe:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Portanto, o locador é responsável pela situação em que se encontra o seu imóvel e essa responsabilidade perdurará enquanto durar a relação contratual. Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2012), a obrigação do locador no contrato de locação não se completa apenas com a entrega da coisa no estado de servir ao locatário, tendo em vista que aquele deverá manter a coisa no estado de servir durante toda a locação. Por isso, tal obrigação se torna uma obrigação continuada, conseqüente ao caráter sucessivo dos efeitos da locação.

Nesse caso, havendo o descumprimento do locador, a legislação não prevê o congelamento do aluguel, pois assim o locador não poderia realizar os reparos necessários, uma vez que o lucro é o meio pelo qual o proprietário irá fazer tais reparações (GOMES, 2001).

É claro, entretanto, que essa responsabilidade não traz ao locatário o direito de danificar o imóvel e a responsabilidade de reparar os danos recair diretamente no locador. O locatário é obrigado a tratar a coisa como se sua fosse, pagando pontualmente o aluguel no prazo ajustado, levando ao conhecimento do locador todas as turbações de terceiros e, finda a locação, restituir a coisa no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações de uso regular que venham a incidir no imóvel. Caso haja danificação do bem por abuso do locatário, o locador poderá rescindir o contrato e exigir perdas e danos de acordo com o artigo 570 do Código Civil.

Durante a locação o locador é obrigado a realizar as benfeitorias necessárias que venham a incidir sobre o bem, caso o contrário, poderá o locatário reter o valor do aluguel até que sejam pagas as quantias devidas pela manutenção. Sendo benfeitoria útil, o locatário só poderá fazer com o

consentimento do locador, caso no qual novamente poderá reter o aluguel até que seja paga a quantia despendida para a realização da benfeitoria no bem. Já as benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo o locatário reavê-las, desde que não afete a estrutura e a substância do imóvel, de acordo com os artigos 35 e 36 da Lei n. 8.245/91, que dispõe:

Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

Tais considerações se remetem, em tese, aos dispositivos encontrados no Código Civil. Em relação à Lei do Inquilinato, os dispositivos que tratam sobre as obrigações inerentes ao locador e ao locatário são encontrados nos artigos 22 e 23, respectivamente, que segundo Hércules Aghiarina, fazem parte de um rol taxativo. Pelo fato de haverem muitas obrigações relativas a cada uma das partes, o presente trabalho se limita a especificar as principais obrigações relativas aos contraentes do pacto locatício.

Em relação às obrigações do locador, é necessário acrescentar, com base no artigo 22 da Lei do Inquilinato, fora as considerações descritas acima do artigo 566, que este será obrigado a garantir o uso pacífico do imóvel locado; manter a destinação do imóvel; responder pelos vícios ou defeitos anteriores a locação do imóvel; fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes; fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por estes pagas, vedada a quitação genérica; pagar as taxas de administração imobiliária, caso existam e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador; os impostos e taxas e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; exhibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas; pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Em relação às despesas extraordinárias de condomínio, a Lei estabelece para o locador como sendo as que não sejam relativas aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, nos termos do parágrafo único do artigo 22 da Lei do Inquilinato. Segundo Sylvio Capanema de Souza (2012), a obrigação do condômino de contribuir na proporção do seu quinhão, é de natureza *propterrem*, e decorre da propriedade ou da posse do imóvel da fração ideal de um terreno. De acordo com esse entendimento, o condomínio poderá gerar entre as partes do contrato de locação obrigações de acordo com quem seja o possuidor de fato do imóvel e o proprietário que, por mais que não esteja na posse direta, não perde os seus direitos relativos a propriedade do bem imóvel (IHERING, 2005).

As obrigações do locador em relação ao bem locado serão apenas as despesas que fujam do previsível e que não estejam elencadas no orçamento do condomínio, aprovada em assembleia geral (SOUZA, 2012). De acordo com o artigo 23 parágrafo único, em relação ao locatário caberá apenas as despesas ordinárias, que são as necessárias a administração do prédio, elencadas nas alíneas do parágrafo único do artigo 23 da Lei n. 8.245/91.

Em relação às demais obrigações relativas ao locatário, temos no rol do artigo 23 as seguintes obrigações: pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros; realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que

dirigida a ele, locatário; pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto; permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27; cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos; pagar o prêmio do seguro de fiança.

A primeira e principal obrigação do locatário é de pagar pontualmente os alugueis, haja vista que a entrega do imóvel está condicionada a certa retribuição como prevê o artigo 565 do Código Civil, delimitando aqui obrigação geral de todas as locações, tanto de bens móveis como de bens imóveis. Caso contrário, como já explicado anteriormente, o contrato se confundiria com comodato. Para Caio Mario da Silva Pereira (2012), o preço é uma mera contraposição pelo uso da coisa e se constitui como a principal obrigação do locatário nos contratos de locação. Cabe ressaltar, entretanto, que o atraso do locatário no pagamento do aluguel não enseja a exceção de contrato não cumprido, uma vez que caracterizada a mora do locatário este estará sujeito às sanções pelo atraso ocorrido (PEREIRA, 2012). De acordo com Orlando Gomes (2001), o pagamento do aluguel poderá ser estipulado em um determinado lugar, caso contrário o locador deverá procurar o locatário para realizar os pagamentos.

O locatário, também, é obrigado a servir-se da coisa para os usos convencionais ou para os que decorrem da natureza que lhe é devida, não podendo alterá-la sem a anuência do locador, sob pena de rescisão da locação, e tratá-la com zelo, como se sua fosse (PEREIRA, 2012). Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2012), o desvio das finalidades almejadas pela locação do bem constitui infração de dever legal e dá direito ao locador de resolver o contrato e ser indenizado pelo locatário. Tal obrigação possui previsão legal no inciso II do artigo 23 da Lei Inquilinária.

Nos termos do artigo 23, inciso III da Lei n. 8.245/91, finda a locação, deverá o locatário restituir o imóvel no estado em que tiver recebido, salvo as deteriorações de uso normal (SOUZA, 2012). A obrigação aqui exposta nada mais é do que uma continuação da obrigação prevista no inciso II, explicada acima, pois o locatário, juntamente com o dever de entregar a coisa, deve realizar tal ato entregando o bem no estado em que o recebeu, estado esse

que é mantido com a devida conservação do locatário enquanto estiver na posse do bem (SOUZA, 2012). Segundo Caio Mario da Silva Pereira, tal obrigação não se estende a reparações locativas não atribuíveis “à falta sua real ou presumida, nem pelos devidos ao uso normal ou fortuito” (PEREIRA, p. 249, 2012)

O aluguel, que deverá ser pago na data e no prazo estipulado entre as partes, estará sujeito à incidência de multa por atraso, no caso de mora do locatário, que na maioria das vezes é de 10% do valor do aluguel. As locações de bens imóveis por estarem sujeitas a legislação específica, não estão subordinadas ao texto do artigo 52, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor que diz que:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação

Logo, a multa contratual advinda de atraso na prestação do aluguel não se limita ao teto de 2% do seu valor. Não obstante, não há previsão na Lei Inquilinária e nem no Código Civil do limite que se pode estipular para a multa por atraso nos alugueis. É entendimento majoritário nos Tribunais de que a multa pactuada no valor de 10% é legal, como dispõe o aresto a seguir (AC 239172 SC 2009.023917-2):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO DE ALUGUEL C/C COBRANÇA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESCONTO POR PONTUALIDADE NA QUITAÇÃO DO ALUGUEL. CUMULAÇÃO DO VALOR MAIOR COM MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA SANÇÃO EVIDENCIADA. MULTA CONTRATUAL DE 10%. LIVRE PACTUAÇÃO ENTRE AS PARTES. NÃO INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA À ESPÉCIE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao considerar-se a inadimplência do locatário, indevida a cumulação da multa com o valor sem desconto, sob pena de dupla sanção. Isto porque ao computar-se o valor sem a bonificação por pontualidade do pagamento, tem-se que neste já está embutida a multa moratória, o que torna ilegal a totalidade da cobrança. Consabido é que a legislação consumerista não se aplica aos contratos de locação, tendo em vista serem estes regulamentados por norma específica, ou seja, a Lei n. 8.245/91.

Segue o mesmo entendimento o aresto proferido para Apelação Cível n. 10024031116015002 MG, oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL.
 CONTRATO DE LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE FIADOR.
 PRESENÇA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO
 DO CONTRATO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ A
 PERMANÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DO FIADOR. SÚMULA Nº 214 DO
 STJ. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE. AUSÊNCIA DE
 COMPROVAÇÃO DE FATO EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR.
 ÔNUS DA PROVA. MULTA MORATÓRIA. ALEGAÇÃO DE
 ABUSIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO CDC. LEGALIDADE DO
 ENCARGO PACTUADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR. I
 - Havendo no contrato de locação cláusula expressa de
 responsabilidade do fiador, após a prorrogação do contrato, este deve
 responder pelo cumprimento das obrigações locatícias. II - O
 Enunciado nº 214, da Súmula do STJ, aplica-se aos casos de
 aditamento do contrato de locação primitivo, onerando o fiador sem a
 sua anuência, o que não ocorre na hipótese de simples prorrogação
 legal do prazo contratual. III - Ao autor da ação incumbe fazer prova
 acerca dos fatos alegados como fundamento do invocado direito,
 assim como ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou
 extintivos daquele direito. IV - Sendo inaplicável o Código de Defesa
 do Consumidor aos contratos de locação e inexistindo óbice na
 legislação específica à estipulação da multa moratória no patamar de
 10% para o caso de inadimplência do locatário, não há de se falar em
 ilegalidade do encargo livremente pactuada entre as partes. V - Os
 honorários advocatícios sucumbenciais, nas causas em que há
 condenação em valor certo, devem ser arbitrados consoante o
 disposto no art. 20, § 3º, do CPC, o que foi observado no caso
 concreto.

A estipulação do aluguel é livre e é lícito entre as partes inserir no contrato cláusula de reajuste, de acordo com o artigo 18 da Lei n. 8.245/91.

2.3.2. A Adesividade do Contrato no que Tange ao Fiador

De acordo com o artigo 37 da Lei n. 8.245/91, existem quatro modalidades de garantias previstas no âmbito das locações prediais urbanas, quais sejam: caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas e fundo de investimentos.

O instituto da fiança é disciplinado pelo Código Civil, no entanto não há restrição a que outra lei discipline parâmetros para a aplicação da fiança em outro instituto, desde que tal aplicação não contrarie a regra geral da fiança. Tal ocorre na Lei do Inquilinato nos artigos 37 a 42 (FRANÇA, 2009).

A fiança, no gênero caução, ou garantia, nada mais é do que uma segurança oferecida ao credor na persecução e conclusão dos negócios

jurídicos pactuados, além da própria capacidade do devedor de garantir o cumprimento do objeto do contrato, com o seu próprio patrimônio (PEREIRA, 2012). A fiança é uma modalidade de garantia pessoal e corresponde a um patrimônio que vai além do próprio patrimônio do devedor principal e que é oferecida ao credor com o objetivo de garantir o cumprimento de um determinado negócio jurídico (PEREIRA, 2012). Segundo Geraldo Gonçalves da Costa (2006), a fiança pode ser convencional, legal, ou judicial, porém, nas locações de imóveis a modalidade de fiança é convencional, pois é contrato secundário ao contrato de locação que é estabelecido entre o próprio locatário e o fiador.

O instituto da fiança está presente nos artigos 818 a 839 do Código Civil, e o seu conceito pode ser abstraído a partir da análise do artigo 818 que dispõe:

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Em relação às locações esse instituto possui ampla utilização quanto às modalidades de garantia escolhidas pela maioria dos locatários, pois dentre as garantias facultadas pela Lei do Inquilinato em seu artigo 37, é a que garante maior segurança ao credor, tendo em vista que o limite que possui é o próprio patrimônio do fiador, que fica sujeito até a ter o seu imóvel bem de família penhorado nos termos do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90; e por não exigir do locatário nenhum encargo para a aquisição dessa garantia, diferente das outras modalidades que exigem dele certa quantia a ser desembolsada, seja na forma de caução, ou na aquisição do produto de seguro fiança locatícia por meio de uma corretora (FRANÇA, 2009).

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2012), o contrato de fiança é *intuitu personae*, pois é constituído com base na confiança que existe entre as partes do pacto; e acessório, pois o contrato de fiança pactuado entre locador e o fiador, pressupõe uma obrigação principal realizada entre o próprio locatário e o locador. Seguirá este “a sorte do principal” (PEREIRA, 2012, p.456). O contrato de fiança é um contrato unilateral, pois é constituído entre o fiador e o

locador e gera obrigações apenas ao fiador do contrato, no intuito de responder pelos débitos inadimplidos pelo locatário (GOMES, 2008)

Há, entretanto, na seara das locações prediais urbanas, grande debate quanto à prorrogação desta modalidade de garantia nos contratos que possuem prazo determinado, mas que pela permanência do locatário após o término do contrato, com consentimento do locador, se estendem por prazo indeterminado. Esse debate é encabeçado por Pontes de Miranda e Clóvis Bevilacqua (*apud* FRANÇA, 2009). Este, entendendo que as garantias se extinguiriam com o término do prazo e aquele entendendo ser legal a prorrogação da garantia por prazo indeterminado (FRANÇA, 2009).

É necessária uma análise minuciosa dos dispositivos previstos em lei e encontrado na vasta jurisprudência concernente a essa matéria para que seja alcançado um juízo de valor relativo a esse conteúdo. Há de se ressaltar que a argumentação da corrente contrária à prorrogação da fiança, sem anuência do fiador se fundamenta exclusivamente na súmula 214 do STJ, que dispõe:

214 STJ. O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Segundo Aline Dias de França (2009), tal súmula não diz respeito à prorrogação do prazo para indeterminado, mas sim as demais obrigações pactuados entre locador e locatário que devem ter a anuência do fiador do contrato, sob pena de ele não se responsabilizar pelo aditamento realizado. É necessária aqui a análise do entendimento extraído a partir da leitura do artigo 39 da Lei n. 8.245/91, que dispõe:

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.

O fiador, como garante da relação contratual, não pode se eximir da sua responsabilidade pelo fim do prazo contratual, tendo em vista que a locação não termina com o simples interregno do prazo estipulado, mas sim com a entrega das chaves pelo locatário ao locador (FRANÇA, 2009).

De acordo com a Lei do Inquilinato em seu artigo 46, § 1º, a continuação do locatário no imóvel no prazo de 30 dias após o término do contrato prorroga

a locação por prazo indeterminado e mantém as cláusulas e condições do contrato inicial, *in verbis*:

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

Acompanha esse entendimento, majoritariamente, os seguintes arestos proferidos pelo STJ a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. ENTREGA DAS CHAVES. 1. Na prorrogação do contrato de locação, havendo cláusula expressa de responsabilidade do garante após a prorrogação do contrato, este deverá responder pelas obrigações posteriores, a menos que tenha se exonerado na forma dos artigos 1.500 do Código Civil de 1916 ou 835 do Código Civil vigente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 334208 RJ 2013/0151487-3, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 25/06/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. ENTREGA DAS CHAVES. 1. Havendo "cláusula expressa no contrato de aluguel prevendo que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado". Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 1218734 DF 2010/0192742-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/12/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2013).

Logo, a prorrogação do contrato de prazo determinado para prazo indeterminado é legal, com fundamento na própria Lei do Inquilinato e a partir da análise da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que entende pela responsabilidade do fiador até a entrega das chaves.

Ao fiador, a Lei do Inquilinato garante como solução a não participação na prorrogação da fiança pela renovação do contrato de locação a possibilidade de exoneração da fiança concedida, desde que findo o contrato principal o fiador denuncie, 30 dias antes, a sua exoneração do compromisso de fiança, como dispõe o artigo 12 parágrafo 2º da Lei n. 8.245/91:

Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. (Redação dada pela Lei n. 12.112, de 2009)

§ 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (Incluído pela Lei n. 12.112, de 2009).

Sendo assim, o fiador estará desobrigado do compromisso de prestação da fiança, ficando responsável apenas durante 120 dias após a notificação ao locador (SOUZA, 2012).

2.3.3. Posicionamentos Relacionados à Aplicação do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor

Nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. De acordo com James Eduardo Oliveira, o elemento teleológico da relação de consumo, aquele que na filosofia é o conjunto de especulações humanas que tem em vista o conhecimento da finalidade (Michaelis, 2000), é que o produto ou serviço utilizado pelo consumidor seja retirado do próprio mercado de consumo de maneira definitiva para a satisfação da própria necessidade. A satisfação aqui se entende como o ato final de percepção do produto, não devendo ser apenas intermediado e repassado a outra pessoa para a satisfação de uma necessidade própria. Logo, consumidor é o destinatário final do produto (OLIVEIRA, 2011).

Segundo Júlio Moraes de Oliveira (2010), para que o consumidor seja caracterizado, é necessário que ele preencha três requisitos: ser destinatário final na aquisição do produto ou serviço, que o consumidor esteja configurado em situação de vulnerabilidade e que a aquisição do produto ou serviço tenha sido fora do seu “campo de atuação usual” (OLIVEIRA, 2010). Preenchendo esses requisitos é possível encontrar, em meio às relações que tenham como objeto a aquisição de produto ou serviço como destinatário, a figura do consumidor (OLIVEIRA, 2010).

Em relação à vulnerabilidade, ela deverá ser confirmada a partir da falta de informação que o consumidor possui em face do fornecedor do produto ou serviço, tornando-o assim vulnerável na presença do fornecedor (OLIVEIRA, 2010).

É certo que tal classificação é inadequada no âmbito das relações locatícias, tendo em vista ser impossível adequar o locatário como consumidor, atendo os requisitos explicitados acima e igualar o locador como um fornecedor, pois não há da parte do locatário indícios de vulnerabilidade em face do locador proprietário do imóvel e nem o fato de o locatário ser destinatário final na aquisição do imóvel para uso e gozo, tendo em vista que a legislação lhe permite sublocar o bem objeto do pacto locatício a outrem fora do pacto principal. Tal entendimento pode ser confirmado a partir da análise do artigo 14 Lei do Inquilinato, que dispõe:

Art. 14. Aplicam-se às sublocações, no que couber, as disposições relativas às locações.

Não é majoritário o entendimento que se aplica a utilização do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de locação, como explicado em tópico anterior quanto à aplicação da taxa de 2% em multas contratuais moratórias nos contratos de locação. Por ser pertinente e oportuna a confirmação desse entendimento, cabe analisar novamente, o aresto proferido a seguir (AC 239172 SC 2009.023917-2):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO DE ALUGUEL C/C COBRANÇA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESCONTO POR PONTUALIDADE NA QUITAÇÃO DO ALUGUEL. CUMULAÇÃO DO VALOR MAIOR COM MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA SANÇÃO EVIDENCIADA. MULTA CONTRATUAL DE 10%. LIVRE PACTUAÇÃO ENTRE AS PARTES. NÃO INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA À ESPÉCIE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao considerar-se a inadimplência do locatário, indevida a cumulação da multa com o valor sem desconto, sob pena de dupla sanção. Isto porque ao computar-se o valor sem a bonificação por pontualidade do pagamento, tem-se que neste já está embutida a multa moratória, o que torna ilegal a totalidade da cobrança. Consabido é que a legislação consumerista não se aplica aos contratos de locação, tendo em vista serem estes regulamentados por norma específica, ou seja, a Lei n. 8.245/91.

O atual Código Civil estatui nas suas disposições finais que:

Art. 2.036 que a locação de prédio urbano, que esteja sujeita a lei especial, por esta continuará a ser regida.

É certo que esse artigo refere-se à continuação da aplicabilidade da Lei do Inquilinato com a vigência da Lei n. 10.406/02. Entretanto, tal dispositivo afirma que permanece, mesmo com a implementação de um novo Código Civil, a regra que todo o ordenamento relativo à locação predial urbana, será regido por lei especial, ou seja, pela Lei n. 8.245/91 (PENNA, 2007).

Em relação à aplicação do Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, não há no que se falar, pois o locatário não preenche os requisitos necessários para equiparar-se ao consumidor, tendo em vista não poder ser caracterizado como parte hipossuficiente nas relações locatícias.

3. O SISTEMA DE GARANTIAS APLICÁVEIS AO CONTRATO DE LOCAÇÃO

As garantias possuem papel fundamental nas relações jurídicas locatícias, tendo em vista que imprimem maior estabilidade ao cumprimento da prestação do contrato e segurança ao locador que terá uma maior proteção ao seu patrimônio (AGHIARIAN, 2010). A garantia tem como principal objetivo oferecer ao credor uma segurança no cumprimento do pacto locatício, no qual, uma vez que o devedor descumprir qualquer de suas determinações, terá o credor do negócio jurídico o direito de ressarcir seus prejuízos por meio da garantia prestada (PEREIRA, 2012), seja ela qual for, sendo que nas relações locatícias, serão as especificadas na Lei n. 8.245/91, Artigo 37.

Segundo Hércules Aghiarian (2010), o direito de garantia nas relações locatícias é matéria de ordem pública. Tendo em vista a tamanha importância do instituto, é necessária uma análise minuciosa de cada detalhe encontrado na Lei do Inquilinato, com o objetivo de se alcançar uma melhor compreensão do instituto e da sua aplicação nas relações locatícias.

A garantia, seja ela qual for, sempre fará parte de um contrato acessório ao contrato principal firmado entre as partes, que na nulidade do contrato principal, estará cancelado também o pacto acessório (JÚNIOR, 2012). Tal afirmação pode ser abstraída a partir da leitura do artigo 184 do Código Civil, que dispõe:

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

A recíproca não é verdadeira no caso de se tornar nulo o pacto acessório ao principal, a não ser que a nulidade decorra de incapacidade do contratante principal, como dispõe o artigo 824 do Código Civil (JÚNIOR, 2012):

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Como dito no capítulo anterior, o instituto das garantias das locações prediais urbanas está disposto nos artigos 37 a 42 da Lei n. 8.245/91(SOUZA, 2012). O artigo 37 dessa Lei é o que expõe todas as possibilidades de garantias abarcadas pela legislação vigente, e dispõe que:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
I - caução;
II - fiança;
III - seguro de fiança locatícia.
IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.
Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Ao locador, a lei abre a possibilidade de ele exigir qualquer das garantias expostas no artigo 37, de forma discricionária, não podendo o locatário apresentar objeções que impliquem a nulidade do contrato de locação à modalidade escolhida pelo locador (AGHIARIAN, 2010). A escolha é subjetiva, podendo determinar até mesmo quem deva ser o fiador do contrato, caso seja essa a modalidade escolhida pelo locatário, que será apresentado por este e deverá apresentar patrimônio idôneo e suficiente para abarcar toda e qualquer situação que o locatário não tenha condição de sustentar com suas próprias custas (AGHIARIAN, 2010).

A lei, entretanto, restringe ao locador a possibilidade de exigir do locatário mais de uma das modalidades de garantia explicitadas no artigo 37 em um mesmo contrato de locação e pune essa atitude com aplicação de multa que varia de três a doze vezes o valor do aluguel ou prisão simples que também varia de cinco a seis meses de reclusão, nos termos do artigo 43, inciso II, da Lei n.8.245/91, que dispõe:

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:
I - exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos;
II - exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação;
III - cobrar antecipadamente o aluguel, salvo a hipótese do art. 42 e da locação para temporada.

Segundo Luiz Antônio Scavone Júnior, por ser norma de ordem pública, a restrição imposta pela lei no sentido de limitar o número de garantias exigidas

pelo locador, “não poderá ser derogada pelas partes” (JÚNIOR, 2012, p 989), tendo em vista que a segunda garantia apresentada pelo locatário é nula e poderá ser declarada *ex-officio* pelo juiz sem prejuízo ao disposto nos incisos e *caput* do artigo mencionado acima. Havendo o contrato sido pactuado com a presença de mais de uma garantia, deverá prevalecer a que primeiro foi prestada ou a que primeiro foi mencionada no contrato de locação, sem prejuízo às contravenções penais que estarão tipificadas no momento em que for exigido pelo locador mais de um tipo de garantia (JÚNIOR, 2012).

Em relação à validade das garantias locatícias, essas possuem extensão até a efetiva entrega das chaves pelo locatário ao locador, nos termos do artigo 39 da Lei n. 8.245/91, como já foi explicitado em seção anterior deste trabalho no que se aplica ao fiador nos contratos de locação, porém aqui, com interpretação extensiva às demais garantias abarcadas pela lei. Não obstante haver grande discussão acerca desse tema, este trabalho segue a posição adotada pela extensão da garantia até a efetiva entrega das chaves, nos termos do artigo supracitado da Lei Inquilinária.

Levando em conta as considerações abordadas, de acordo com Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), a posição contrária à extensão das garantias locatícias até a efetiva devolução do imóvel fundamenta-se também no disposto nos artigos 819 e 114 do Código Civil, que dispõem respectivamente:

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

A Lei do Inquilinato, entretanto, declara em seu artigo 40, inciso X, que a garantia do fiador no contrato de locação só se extingue no caso deste pedir exoneração da fiança concedida, caso em que este ainda ficará obrigado por todos os efeitos da fiança por 120 dias após a notificação do locador (JÚNIOR, 2012).

3.1. O Disciplinamento Normativo

No que se refere ao disciplinamento normativo das garantias locatícias prediais urbanas temos, como exposto acima, a Lei do Inquilinato (de número

8.245/91) juntamente com a Lei n. 12.112/09, como principais fontes de normas no que correspondem as locações de imóveis urbanos no nosso ordenamento jurídico vigente. A Lei n. 12.112/09, entretanto, veio apenas no sentido de reformar a vigente Lei à época, que 18 anos depois carecia de alterações tendo em vista as mudanças constantes na sociedade dentro desse lapso temporal, dentre elas as modificações no Código Civil de 2003 e as jurisprudências acumuladas durante esse período, decorrentes dos conflitos jurídicos estabelecidos entre as partes (SEGALLA, 2013).

Quanto às mudanças advindas com a nova Lei do Inquilinato, estão previstas as alterações constantes nos artigos 4º, 12, 39, 40, inciso II e X, 59, 62, 63, 64, 68 e 71, sendo as mudanças nos artigos 12, 39 e 40, inciso II e X, referentes exclusivamente aos contratos de fiança à locação, tendo como um dos temas mais polêmicos a questão do fiador ter a possibilidade de se exonerar da fiança nos casos de contratos com prazo indeterminado (inciso X do artigo 40); o artigo 4º se refere à multa por rescisão contratual, sendo que esta deverá ser na proporção do período que já foi cumprido no contrato ou na que for judicialmente estipulada. Os demais artigos se referem à questão processual quanto às ações de despejo, ação renovatória e concessão de liminar para desocupação sumária (SECOVI/DF)

Há, porém, grande celeuma no que diz respeito às garantias permitidas pela Lei do Inquilinato, que no advento da nova Lei não abarcou nenhuma alteração quanto ao texto constante na Lei primária, visto que o rol de garantias é limitado e muitas das vezes não corresponde ao real objetivo de assegurar suficiente cumprimento da obrigação diante dos conflitos decorrentes dos contratos de locação prediais urbanos e, por outras vezes, onerar demasiadamente, como é o caso do fiador, com a exceção imposta pela Lei n. 8.009/90, artigo 3º, inciso VII (FRANÇA, 2009).

Dentre as garantias especificadas na Lei do inquilinato a mais usual é a caução fidejussória mais conhecida como o fiador. Diante do rol taxativo encontrado no artigo 37 da Lei, essa garantia é a única que não exige do locatário que ele depreenda de qualquer recurso financeiro para que o seu contrato esteja suficientemente garantido perante o locador (FRANÇA, 2009).

A fiança, dentre as garantias prevista na Lei, é a mais segura para o locador, visto que não possui limites quanto ao valor que deverá ser

caucionado, podendo atingir o patrimônio do fiador na medida em que for suficiente para que os débitos oriundos da locação, por parte do locatário, sejam adimplidos. Por parte do fiador, a situação fica muito pior quando esse é proprietário de um bem imóvel, que mesmo sendo um bem de família não goza da proteção imposta pela Lei n. 8.009/90, especificada em seu artigo 1º, que dispõe:

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.

E sim, na condição do fiador, de acordo com o artigo 3º, inciso VII da Lei n. 8.009/91, que:

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

Como garantia mais usual, ela se torna a mais prejudicial para o fiador, pois este não terá limites para se responsabilizar pelos débitos adquiridos pelo locatário do imóvel, que, mesmo tendo um bem de família, gozará da proteção concedida pela própria Lei que abre a exceção de penhorabilidade somente para o caso do fiador (FRANÇA, 2009).

Segundo Aline Dias de França (2009), todas as outras formas de garantia exigem uma determinada quantia, reembolsável ou não, para que o contrato tenha uma garantia diante do proprietário, como é o caso do Seguro Fiança, que além de exigir o cumprimento de rigorosos pressupostos para a contratação por parte do locatário, exige dele um valor não reembolsável.

No que corresponde ainda ao seguro fiança, este deverá abranger a totalidade das obrigações do locatário, como dispõe o artigo 41 da Lei n. 8.245/91:

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

Entretanto, é comum e praticado no mercado, pelas seguradoras, coberturas que abrangem apenas algumas das obrigações advindas da locação e não a sua totalidade como determina a Lei (JÚNIOR, 2012).

De semelhante modo é a caução em dinheiro, que deverá ser de no máximo três vezes o valor do aluguel, mas que após a conclusão do contrato, deverá ser entregue ao locatário com a devida correção, caso não seja utilizada para adimplir algum débito deixado pela estadia no imóvel, mas que, mesmo assim, exige que ele tenha uma disponibilidade financeira relevante para que tenha condições de pactuar com o locador (FRANÇA, 2009).

É certo, portanto, que a caução em dinheiro é insuficiente para arcar com todos os prejuízos que podem advir com o decurso da locação, visto que, além do prejuízo pelo não recebimento do aluguel combinado, existem várias outras responsabilidades oriundas da estadia do locatário no imóvel como: taxas de Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU, condomínio e manutenção do imóvel. Essa garantia não se torna insuficiente apenas quanto a esses pontos, mas também no tempo médio que dura uma ação de despejo que, sendo por falta de pagamento, causaria um prejuízo demasiadamente oneroso ao locador (FRANÇA, 2009).

Em relação às especificidades de cada uma das garantias, essas serão abordadas de forma mais detalhada nos tópicos que se seguem, tratando apenas, neste tópico, da realidade encontrada nas garantias quanto aos contratos de locação que o sistema de garantias locatícias previsto na Lei n. 8.245/91 tem mostrado deficiências para suprir os eventuais inadimplementos por parte do locatário, tendo em vista que seria conveniente a reformulação do rol de garantias por causa da onerosidade de cada uma delas e dos problemas encontrados na aplicação da caução fidejussória. Tudo isso para que haja aquecimento no mercado de locação com a ampliação do rol de garantias e, ao mesmo tempo, concessão, ao locador, de maior segurança na persecução dos seus créditos frente ao locatário.

3.1.1. O Posicionamento Doutrinário

Dentre as várias polêmicas que circundam o sistema de garantias previsto nos contratos de locação, há na doutrina grande controvérsia na

modalidade de garantia de fiança, quanto à possível penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação. Existem na doutrina mais atualizada dois posicionamentos quanto à proteção desse bem, considerado da família, sendo uma delas o alcance do artigo 1º da Lei n. 8.009/90 ao fiador nos contratos de locação, suspendendo, assim, a exceção acrescida pela Lei n. 8.245/91 em seu artigo 82, que acresce ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90 o inciso VII, que dispõe que o imóvel poderá ser penhorado por obrigação decorrente de fiança concedida em contratos de locação.

De acordo com Clito Fornaciari Júnior (2003), tal tese possui liame no artigo 6º da Constituição Federal que prevê o direito à moradia como um direito social, de forma que contraria uma obrigação que é do próprio Estado de assegurar a proteção da moradia e não defender um posicionamento que contrarie tal proteção (JÚNIOR, 2003). Acredita o autor que a determinação imposta pelo texto constitucional, que foi acrescido através da Emenda Constitucional n. 26, de 14.02.2000, modifica radicalmente a questão da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação, pois, a partir do momento em que a moradia se torna um direito social, este deverá ser assegurado pelo Estado, não podendo aceitar que uma norma inferior prive o indivíduo do seu direito, ainda mais por conta de uma dívida que foi constituída por outra pessoa.

Entretanto, há uma posição favorável à penhora do bem de família do fiador, que tem como um dos principais argumentos o aquecimento do mercado de locações pelo robustecimento dos mecanismos que assegurem o recebimento da contraparte devida pelo locatário ao locador, onde a aplicação da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação concorre para fortalecimento de tal tese. Sustenta tal posicionamento José Rogério Cruz e Tucci (2003), quando salienta que:

[...] a Lei 8.009/90 – evidentemente – afastada as demais implicações que possa gerar, veio à luz em face da situação aflitiva por que passa o país no setor habitacional, mostrando-se o Estado impotente para solucionar tão grave problema, gerando este, aliás, pelo nefasto ‘capitalismo selvagem’ imperante.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, o legislador teve firme convicção que a impossibilidade da aplicação da penhora no bem de família do

fiador em contratos de locação restringiria as possibilidades de locação, uma vez que o bem de família se constituiria como patrimônio suficiente a prestação da fiança para a consecução do contrato. Aqui, não há óbice à previsão constitucional, mas sim ao entendimento de que um sistema de garantias que facilite a realização de mais contratos de locação favoreceria diretamente aos locatários o acesso ao direito de moradia, desde que apresentem um fiador que assuma a respectiva responsabilidade nos limites de seu patrimônio pessoal (TUCCI, 2003).

Asseveram, ainda, os defensores dessa tese, que o direito à moradia é um direito subjetivo que carece de regência normativa para que possa gerar efeitos no mundo jurídico (TUCCI, 2003). A moradia está sujeita a inúmeros encargos: impostos, financiamentos, contribuição previdenciária e taxas cuja adimplência mantém a ordem sociojurídica da qual seus donos não podem eximir-se em razão do direito constitucional.

Dentre as duas teses apresentadas acima, é possível encontrar algo em comum. Ambas pressupõem um sistema de garantias carente e incapaz de manter as relações locatícias seguras e um mercado sempre aquecido, haja vista que a fiança como garantia mais utilizada nas locações, mostra-se insuficiente para abarcar todas as obrigações advindas da locação na tese favorável à penhora do seu bem de família, pois depende da aplicação do inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/90 para ter patrimônio suficiente para assegurar a locação. Caso o fiador não possua um imóvel quitado, bem que representa um valor financeiro muito superior ao valor de um aluguel, não se constitui como garantia capaz de abarcar as obrigações advindas das locações (TUCCI, 2003).

O sistema de garantias carece de reforma e ampliação do seu rol para que possibilite cada vez mais a realização de contratos de locação, sem que atinja de forma expressiva o patrimônio do fiador, que no entendimento que possibilita a penhora do seu bem de família, sai como a parte mais prejudicada da relação, pois responde de forma muito mais onerosa que o locatário, devedor principal do contrato de locação (TUCCI, 2003).

3.2. As Garantias Locatícias

3.2.1. Caução

No que concerne às garantias, a Lei n. 8.245/91 no seu artigo 37, determina como a primeira delas a caução, modalidade de garantia real aplicada aos contratos de locação (SOUZA, 2012). Segundo Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), a caução é a submissão do bem de um determinado indivíduo a uma obrigação ou dívida previamente constituída, que terá a definição da forma a qual será prestada por imposição legal ou, na sua ausência, pelos modos explicitados no artigo 827 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 827. Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.

De acordo com Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), a caução poderá ser legal, processual ou convencional. Será legal quando for imposta por determinação legal a sujeição de determinado ato processual que venha a se caracterizar, no intermédio de uma ação judicial; processual quando tiver como fundamento o poder geral de cautela, sendo dada como contracautela em liminares de ação cautelar ou em substituição de liminar deferida em ação cautelar; e, finalmente, a convencional que será aquela em que a lei abre margens ao locador, no caso dos contratos de locação, a determinar como garantia para a realização do contrato.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2012), a caução, nos contratos de locação, poderá ser dada ao locador como garantia do contrato de locação de três formas, quais sejam: em bens móveis, que deverão ser registrados no Cartório de Títulos de Documentos, bens imóveis, que serão registrados à margem da matrícula do imóvel; e em dinheiro, desde que a quantia não ultrapasse o valor de três vezes o valor do aluguel, e que deverá ser depositada em caderneta de poupança e devolvida ao término do contrato, podendo ser usada para abater os débitos inadimplidos pelo locatário durante o período da locação.

Segundo Hércules Aghiarian (2010), tal garantia se torna muito “aquém das necessidades fáticas” (AGHIARIAN, p.347, 2010) para o adimplemento de todas as obrigações contratuais constituídas pelo locatário durante a locação, pois esta, quando é dada em dinheiro, o que ocorre na maioria das vezes, é limitada ao valor de três aluguéis, o que, muita das vezes, se torna insuficiente para abarcar todos os riscos que podem vir a acontecer durante o contrato de locação.

De acordo com Hércules Aghiarian (2010), também, o maior prejuízo que pode ser ocasionado por esse tipo de garantia é o que advém do período em que se demora para a efetividade das ações de despejo e o período em que o locatário permanece na posse do imóvel, no qual a garantia prestada se torna insignificante em face do período que ficou o locatário sem adimplir com todas as suas obrigações concernentes à locação do imóvel que é, em primeiro lugar, o próprio dever de pagar os alugueis devidos pela entrega do bem imóvel pelo locador.

3.2.2. Fiança

Segundo Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), no que tange à fiança, essa é a modalidade de garantia mais utilizada nos contratos de locação, pois não exige do locatário que desempenhe nenhuma das formalidades de registro, como as que devem ser realizadas no que tange a caução de bens móveis ou imóveis e, também, por não gerarem nenhum tipo de custo ao locatário, como os custos existentes na contratação do Seguro Fiança Locatícia.

A fiança, como explicado no capítulo anterior, é uma obrigação acessória ao contrato principal que poderá ser concedida de três formas, quais sejam: judicial, legal ou convencional. De acordo com Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), ela será judicial quando houver determinação pelo juiz; legal quando houver imposição legal para a constituição do instituto da fiança, e convencional quando for constituída nos termos do artigo 37 da Lei n. 8.245/91, que será feita por imposição do locador na modalidade de garantia almejada para a realização do contrato de locação.

A fiança, entretanto, deverá sempre respeitar a disposto no inciso III do artigo 1.647 do Código Civil e na súmula 332 do STJ, no que tange a outorga marital para a sua constituição, que dispõem respectivamente:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

III - prestar fiança ou aval;

STJ Súmula nº 332 - A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

De acordo com Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), a outorga marital ou uxória é a autorização do outro cônjuge, sem que este passe a se tornar também fiador do contrato, à prestação da fiança, respeitado o regime de casamento entre os cônjuges. Sendo o caso do regime de separação total de bens, a Lei abre a possibilidade de realização dos contratos sem que haja a outorga uxória da outra parte, como dispõe o *caput* do artigo 1.647 do Código Civil. Tal questão, atual e de suma importância, carece de uma análise jurisprudencial para melhor compreensão da aplicação do instituto na realidade dos contratos de locação, como retrata os arestos a seguir:

CIVIL. LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.483 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E AO ART. 586 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. VÍCIO QUE INVALIDA TOTALMENTE A GARANTIA, MAS QUE SÓ PODE SER ALEGADO PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU A VÊNIA CONJUGAL. PRECEDENTES. 1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no enunciado da Súmula 211/STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. 2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro. 3. No caso dos autos, todavia, a falta da vênica conjugal foi argüida tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(STJ - REsp: 832669 SP 2006/0060124-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 17/05/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/06/2007 p. 437)

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ. 1. Mostra-se de extrema relevância para a

construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles. 2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável. 6. Recurso especial provido. STJ - REsp: 1299866 DF 2011/0312256-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2014).

Em se tratando de outorga uxória ou marital é claro que não há como deixar de analisá-la do ponto de vista da união estável, entidade familiar que é reconhecida pelo texto constitucional em seu artigo 226, §3º, que dispõe que “§ 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” (PEREIRA, 2012).

Como analisado no aresto acima, entretanto, tal instituto não está sujeito à outorga marital de ambos os cônjuges, devendo apenas aquele que está se apresentando como fiador, garante da relação jurídica pactuada, se responsabilizar pelas consequências com o inadimplemento do contrato de locação pelo inquilino. Não se aplica neste instituto por equiparação a súmula 332 do STJ, que juntamente com o disposto no artigo 1.647 do código civil, obriga aos cônjuges a autorização do outro para que seja prestada a fiança (PEREIRA, 2012).

Não havendo o consentimento, porém, não haverá a nulidade do negócio jurídico. Segundo Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), de acordo com o atual Código Civil é aplicado neste caso a anulabilidade e não a nulidade do negócio jurídico, como trata o disposto no artigo 1.649, que dispõe:

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.

Sendo assim, o negócio poderá ser convalidado desde que haja a confirmação do outro cônjuge em aceitar a prestação da fiança, como dispõem os artigos 172 e 176 do Código Civil:

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

Caso não seja convalidado, o negócio poderá ser anulado, cabendo neste caso ao outro cônjuge pleitear a anulação, tornando-o ao mesmo estado em que antes se achavam nos termos do artigo 182 do Código Civil (JÚNIOR, 2012). De acordo com Luiz Antônio Scavone Júnior, porém, o ato de aceitação à concessão da fiança não se extingue caso haja um posterior casamento de uma das partes, tendo em vista o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, mesmo se tratando de um regime de comunhão universal de bens.

No que cabe ao cônjuge que prestou a fiança sem a autorização da outra parte, há entendimento de alguns tribunais de que o fiador, mesmo sem que o seu cônjuge pleiteie a anulação da fiança, responderá de acordo com sua meação pela garantia prestada ao devedor, como é possível analisar no aresto a seguir:

Locação de imóveis. Fiança sem outorga uxória. Embargos de terceiro.

1. Embora se reconheça a anulabilidade da fiança prestada pelo fiador sem a outorga uxória, é certo que ela continua a subsistir em face da meação do varão, resguardada a da virago que não outorgou a garantia. Inteligência dos artigos 235 263 do Código Civil anterior, aplicável por força do princípio *tempus regitactum*. 2. Negaram provimento ao recurso.

(TJ-SP - APL: 83976020088260554 SP 0008397-60.2008.8.26.0554, Relator: Vanderci Álvares, Data de Julgamento: 27/06/2012, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/07/2012)

Há, portanto, uma frente que continua a responsabilizar o fiador que prestou a garantia em face de seu cônjuge que não outorgou a fiança, cabendo ao garantidor responder com sua meação pelos prejuízos advindos durante a locação.

Outra questão de suma relevância, no que tange à fiança concedida em contratos de locação, é a demora do locador em promover a ação de despejo combinada com cobrança de débitos em face do locatário, agravando assim a responsabilidade do fiador em arcar com os débitos deixados pelo locatário inadimplente (JÚNIOR, 2008).

Segundo Clito Fornaciari Júnior (2008), está é uma situação que prejudica demasiadamente o fiador na execução dos contratos, pois agrava em muito a dívida adquirida inicialmente pelo inquilino pelo fato de a mora acumular aos débitos juros, multas e correções. Segundo Alessandro Segalla (2013), tal atitude se torna uma excelente forma do locador auferir maiores rendimentos, que superam em muitas das vezes aplicações financeiras que remunerem dinheiro a juros baixos.

É certo que essa atitude por parte do locador fere o princípio da boa-fé objetiva e da probidade, uma vez que a demora no ajuizamento da ação é realizada com a intenção de prejudicar o fiador. Segundo Alessandro Segalla (2013), tal conduta é ato ilícito e fere o disposto no artigo 187 do Código Civil, excedendo manifestamente os limites impostos ao titular desse direito, pelos bons costumes e pela boa-fé, que dispõe:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Diante de tal situação, relevante à segurança dos fiadores em contratos de locação e consolidação dessa garantia nesses contratos e tendo em vista ser a garantia mais utilizada atualmente, há uma corrente doutrinária que sustenta a possibilidade de o fiador promover a ação de despejo do locatário, com fundamento nos artigos 834 do Código Civil e 62 e seguintes da Lei n. 8.245/91.

De acordo com o artigo 834 do Código Civil, caso o credor sem justa causa, demorar a propor a execução contra o devedor, o próprio fiador pode promover-lhe o andamento. Nestes termos, dispõe o aludido artigo:

Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.

Acompanha esse entendimento Alessandro Segalla (2013):

Segundo pensamos é caso típico e substituição processual ou de legitimação ativa extraordinária. Há claro interesse processual do fiador, ainda que ele não tenha despendido importância alguma, pois o sentido finalístico da lei é o de evitar (escopo preventivo) ou pelo menos minorar o sacrifício do fiador, máxime por negligência do credor no retardamento da execução. Muitas vezes o credor, confiando na solvabilidade do devedor, pode descuidar-se do andamento da execução contra o fiador.

Logo, uma vez caracterizada a demora do credor em executar o locatário, será facultado ao fiador a substituição processual, objetivando evitar o prejuízo do fiador ocasionado pela negligência do locatário.

3.2.3. Seguro Fiança

Em relação ao Seguro Fiança, modalidade de seguro criada no intuito de garantir ao locatário maior liberdade em relação à garantia prestada para a relação contratual, e ao locador, no intuito de ser uma das formas mais seguras de se garantir um contrato. O seguro de fiança locatícia garante o pagamento de indenização, ao segurado, dos prejuízos que venha sofrer em decorrência do inadimplemento do locatário, como dispõem o artigo 41 da Lei n. 8.245/91:

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

Para Luiz Antônio Scavone Júnior, o Seguro Fiança é o contrato de seguro pelo qual o afiançado, mediante um prêmio, tem o direito de ver paga eventual inadimplência sua em face do contrato de locação durante o prazo contratado para o seguro e, portanto, jamais se confunde com o contrato de fiança, gratuito, em regra, e unilateral.

Uma vez garantido todo o contrato através desta modalidade, o locador do bem imóvel possui garantia e segurança jurídica suficiente para que o seu contrato seja cumprido integralmente, tendo em vista que as seguradoras, como garantidoras do contrato assumem até as custas relativas a honorários advocatícios (JÚNIOR, 2012).

Apesar de todas as vantagens, o Seguro Fiança tem sido pouco utilizado pelos locatários, haja vista o seu custo excessivo. No entendimento de Luiz Antônio Scavone Júnior (2012) caso o seguro fiança locatícia fosse a forma mais utilizada entre os locatários, haveria uma drástica redução dos custos, uma vez que somente o aumento do número de segurados possui a capacidade de reduzir os valores do serviço o que o tornaria, diante das demais garantias locatícias previstas no artigo 37 da Lei do Inquilinato, extremamente vantajoso, visto que afasta, em muito, as dificuldades e repercussões que cada uma das garantias pode apresentar no percurso do contrato de locação.

Além do custo que, em tese, não existe nas outras modalidades, vários motivos, principalmente as exigências e limitações impostas pela Circular nº 347, artigo 12, § 1º, têm diminuído a demanda pela utilização dessa modalidade, que dispõe:

Art. 12 O prazo de vigência do contrato de seguro de fiança locatícia é o mesmo do respectivo contrato de locação.

§ 1º Na hipótese de prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado, ou por força de ato normativo, a cobertura do seguro somente persistirá mediante aceitação de nova proposta por parte da sociedade seguradora.

§ 2º Na situação prevista no parágrafo anterior, será definido um termo próprio para o contrato de seguro, com possibilidade de renovações posteriores, na forma da legislação vigente.

Por não ter havido regulamentação, anteriormente, por órgãos competentes, as companhias seguradoras eram inibidas de realizar os contratos, até mesmo porque não se sabia a quem incumbiria o ônus do pagamento (SOUZA,2012). Entretanto, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP editou a sua Circular nº 1, de 14 de janeiro de 1992 e recentemente publicou a sua Circular nº 347, datada de 27 de junho de 2007, pelos quais foram aprovadas novas condições para o seguro de fiança locatícia, conforme dispõem os artigos:

Art. 5º. Para fins desta Circular define-se como:

I – Segurado: é o locador do imóvel, conforme definido no contrato de locação coberto pelo seguro de fiança locatícia;

II – Garantido: é o locatário, conforme definido no contrato de locação coberto pelo contrato de fiança locatícia;

III – Seguradora: é a sociedade devidamente autorizada pela SUSEP a operar neste ramo de seguro; e

IV – Estipulante: é a pessoa física ou jurídica que contrata apólice coletiva de seguros, ficando investido dos poderes de representação dos segurados perante a Seguradora.

Art. 6. O contrato de seguro de fiança locatícia aplica-se apenas a cobertura de riscos oriundos dos contratos de locação de imóveis em território brasileiro.

Art. 7. É vedada a contratação de mais de um seguro de fiança locatícia cobrindo o mesmo contrato de locação.

Segundo o entendimento de Luiz Antônio Scavone Júnior (2012), a utilização do seguro fiança evita vários aborrecimentos por parte do locatário, como os desagradáveis constrangimentos dos pedidos de favor aos fiadores, fora aos inconvenientes da caução em bens móveis e imóveis. O locatário, nessa modalidade, fica despreocupado em relação à prestação da garantia, sendo que, uma vez que o seu cadastro é aprovado junto à seguradora, todo e qualquer prejuízo que poderá advir no percurso da locação será garantido por ela, desde que haja a contratação de todas as coberturas apresentadas pelas seguradoras prestadoras do serviço de seguro fiança, conduta ilegal da parte das seguradoras, uma vez que o disposto no artigo 41 da Lei n. 8.245/91 dispõe que o seguro de fiança deverá abranger a totalidade das obrigações do locatário, e não apenas algumas coberturas.

O que ocorre de fato é que a seguradoras estipulam certos tipos de coberturas que afetam diretamente o valor da contratação do seguro. Existem coberturas básicas, que garantem apenas o aluguel, acrescido de encargo como multa por atraso no pagamento do aluguel e taxa condominial, outra mais sofisticada que prevê o ressarcimento por danos no imóvel e uma terceira modalidade que adiciona multa por rescisão contratual (JÚNIOR, 2012).

No que tange aos contratos de locação, é importante ressaltar a necessidade da inserção de cláusula que imponha a renovação por parte do locatário, uma vez que o seguro vigora por prazo determinado e que não coincide com a efetiva entrega das chaves. Nessa hipótese, somente o locador poderá pleitear o despejo alegando infração contratual, caso não haja renovação do seguro fiança, como é possível analisar no aresto a seguir:

LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO C. C. COBRANÇA DE MULTA POR INFRAÇÃO CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFIRMATIVA DA OCORRÊNCIA DE CESSÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO. DESACOLHIMENTO. PROVA SUFICIENTE PARA A IDENTIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO CONTRATUAL. FALTA DE PAGAMENTO DE ENCARGOS DA LOCAÇÃO E NÃO RENOVAÇÃO DO SEGURO FIANÇA. RESCISÃO DO AJUSTE E IMPOSIÇÃO DA MULTA CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Figurando no contrato de locação como locatário ao lado da empresa ré, da qual era sócio, a alteração do quadro social da corré, não afasta a legitimidade do corréu para figurar no polo passivo na ação de despejo por infração contratual. 2. Caracterizada a infração contratual pela inadimplência das parcelas do IPTU e não renovação do seguro fiança, de rigor a rescisão do ajuste, com a condenação dos réus ao pagamento da multa contratual. (TJ-SP - APL: 00129363720128260002 SP 0012936-37.2012.8.26.0002, Relator: Antônio Rigolin, Data de Julgamento: 20/05/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/05/2014).

Logo, a renovação por parte do locatário é de suma importância tendo em vista que a infração a tal atitude poderá ensejar em ação de despejo movida pelo locador (JÚNIOR, 2012).

3.2.4. Cessão Fiduciária de Quotas e Fundo de Investimento

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2012), esta modalidade se exaure, basicamente, na possibilidade de o locatário apresentar ao locador cotas de fundo de investimento, que envolvam ou não fundos de capitalização, desde que sejam suficientes para garantir o período estipulado para a locação entre as partes. Tal fundo de investimento será vinculado a seguros de vida ou a planos de previdência complementar (AGHIARIAN, 2010).

Dentre tais possibilidades, há, entretanto, restrições quanto aos fundos que poderão ser dados pelo locatário como garantia do contrato de locação, tendo em vista as limitações impostas pelo Código de Processo Civil em seu artigo 649, inciso IV, sendo um deles os fundos de previdência privada garantidores da aposentadoria do locatário, *in verbis*:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador

autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

Logo, tal quota de fundo de investimento estaria impossibilitada de ser penhora caso haja o inadimplemento do locatário do imóvel, mesmo havendo confirmação das partes em fase pré-contratual pela aceitação da garantia, esta não poderia infringir o disposto no artigo 649 do Código de Processo Civil (PEREIRA, 2012).

A análise dessa afirmação pode ser compreendida a partir da apreciação do aresto a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRA JUDICIAL - CONTRATO DE LOCAÇÃO - PENHORA DE NUMERÁRIO EM CONTA VINCULADA AO RECEBIMENTO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 649, IV, CPC. Agravo desprovido. Os proventos de salário, aposentadoria e a complementação de previdência privada são impenhoráveis, segundo art. 649, IV, do CPC, o que impede qualquer constrição sobre esses valores, quando lançados em conta corrente.
(TJ-PR - AI: 5998267 PR 0599826-7, Relator: Rafael Augusto Cassetari, Data de Julgamento: 21/10/2009, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 260).

Logo, a única limitação no que concerne às garantias locatícias de cessão fiduciária de quotas e fundo de investimento, é a que está prevista no artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil.

4. A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA

O bem de família possui previsão na Lei n. 8.009/90, que trata sobre a proteção do bem de família legal ou voluntário, estabelecendo os requisitos para a constituição de cada uma das espécies legisladas. Da mesma forma que protege, entretanto, a mesma lei abre possibilidades de penhora desses bens, questão que gera muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência atual, quanto à legalidade de cada uma das exceções em confronto com princípios gerais de direito e disposições constitucionais (GOMES, 2008).

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2010), a penhora é o primeiro ato de expropriação executiva realizado pelo Estado, em que um determinado bem afetado é colocado à disposição do órgão judicial para que o objeto da execução venha a ser realizado, ou seja, a satisfação do credor em receber o crédito outrora inadimplido pelo devedor, para que haja a satisfação nos limites do débito. Constitui-se na transferência forçada dos bens do devedor, que de acordo com Rita de Cássia Correa de Vasconcelos (2002), tem efetividade quando de fato há a agressão patrimonial ao devedor.

A penhora tem o objetivo de individualizar os bens sobre os quais o juízo executivo deverá incidir para satisfazer a pretensão do credor de receber o objeto estipulado entre as partes, mas que não houve cumprimento por parte do devedor na prestação que lhe cabia, submetendo-o então ao processo de execução. O aludido processo, entretanto, é um meio que o Estado se vale para fixar a responsabilidade executiva, sendo de forma coativa de direito para que haja a apreensão dos bens afetados pela execução, retirando do devedor a possibilidade de realizar a transferência do domínio ou da posse, sob pena de ineficácia perante o credor (THEODORO JÚNIOR, 2010).

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2010), atribui-se à penhora força de sequela, tendo em vista a ineficácia das alienações diante do gravame judicial, havendo nulidade de todos os atos jurídicos que o devedor venha intentar sobre o bem executado, equivalendo-se para o credor, como um direito real sobre os bens penhorados.

O bem de família é o imóvel residencial juntamente com os móveis essenciais que guarnecem à moradia do ente familiar, sobre o qual a Lei n. 8.009/90 no seu artigo 1º detém como o principal objetivo o de garantir que a

família não seja colocada em uma situação de penúria pelo fato de não possuir condições para adimplir as suas dívidas, considerando nesse caso, e de acordo com Magno Federici Gomes (2008), a dignidade da pessoa humana como direito de mais alta importância em relação ao direito de crédito do credor, que por mais que esteja na titularidade do direito de receber determinada quantia do devedor, não poderá atingir o bem de família deste, como objeto de penhora, tendo em vista a expropriação para a sua satisfação creditícia (GOMES, 2008).

A família é tida como o ponto inicial para a formação do indivíduo, pois é no convívio familiar que ele aprende os conceitos básicos para convivência adequada e ordeira com outros indivíduos da sociedade, por isso tais imóveis carecem dessa proteção (GOMES, 2008).

Existem dois meios de se constituir um bem de família. De forma legal, será definido desde que os requisitos estabelecidos na Lei n. 8.009/90 estejam preenchidos e, de forma voluntária, será instituído pela vontade do agente, conforme disposto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil (GOMES, 2008).

Há, entretanto, exceções como foi tratado no começo deste capítulo. O artigo 3º da Lei n. 8.009/90, traz as exceções quanto à proteção jurídica do bem de família, não se limitando apenas a questão da fiança, mas a todas as possibilidades abarcadas pela Lei em que possa haver a penhora do bem de família, *in verbis*:

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 n. 8.245, de 1991).

Nesses casos, há a prevalência da proteção das relações de crédito e débito que deram origem à dívida que, caso seja desconsiderada, aplicando aqui a impenhorabilidade, afetaria a validade dessas obrigações. Portanto a ideia geral do artigo 3º é proteger as relações de crédito que deram origem ao débito por parte do inadimplemento do devedor (CZAJKOWSKI, 2001).

Segundo Rainer Czajkowski (2001), há claro desrespeito a dignidade da pessoa humana quanto às exceções impostas pelo artigo 3º da Lei, que sendo norma de ordem pública, não poderá ter sua incidência excluída por simples vontade das partes. Aqui, as partes devem manter a boa-fé e veracidade diante das circunstâncias e declarações concernentes ao contrato, princípio esse previsto no artigo 765 do Código Civil que dispõe:

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Rainer Czajkowski (2001) entende que tal benefício poderá sofrer renúncia em determinadas situações, como a nomeação do bem de família à penhora, nos termos do artigo 652 do CPC. Por mais que o bem não seja dado como pagamento do débito, este bem só poderá ser compreendido como uma garantia se a nomeação tiver cunho efetivo, pelo contrário estaria perdido o conteúdo processual da nomeação. Daí conclui o autor que se o bem é nomeado como garantia pelo devedor, este renuncia em tal ato, o benefício da impenhorabilidade sobre o seu bem (CZAJKOWSKI, 2001).

Segundo Rainer Czajkowski (2001), outro ponto de bastante relevância é a proteção do eventual saldo, referente à venda do bem de família em juízo para quitação da dívida. É certo que o bem de família, possui a sua exceção apenas nas possibilidades estabelecidas no artigo 3º da Lei n. 8.009/90, por isso no caso da venda resultar em valor maior do que o que deve ser pago ao credor, o importe residual possui proteção contra outra penhora que possa estar a ser executada, pois do contrário, estaria inócua a finalidade da proteção do bem de família (CZAJKOWSKI, 2001).

4.1. A Construção Jurisprudencial

4.1.1. Recurso Extraordinário nº 407688-8/SP, Relator Min. Cezar Peluso, Pleno STF, Data do Julgamento 08/02/2006, Data da Publicação 06/10/2006.

O Pleno do STF julgou recurso extraordinário contra acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente/fiador.

Naquele recurso, o recorrente/fiador pedia reforma à decisão do juiz de primeira instância que indeferira a liberação da penhora do imóvel bem de família, objeto da constrição em processo de execução com base na exceção à regra de impenhorabilidade prevista no inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90.

O órgão julgador do agravo de instrumento, à época, entendeu que o fiador ao aceitar a incumbência (de ser fiador), tornou-se responsável solidário pelas dívidas do afiançado, portanto sujeito à exceção prevista no dispositivo legal previsto no inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90.

Inconformado, o recorrente/fiador interpôs recurso extraordinário recebendo o seguinte apontamento na decisão de admissibilidade:

[...] cingi-se a controvérsia em saber se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

A partir daí iniciou-se extensa discussão acerca do eventual conflito entre a previsão consignada no inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90 e o art. 6º da Constituição Federal, com a inclusão da moradia como um direito social.

Ao final, vencidos os ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello, o tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, fazendo prevalecer a tese listada a seguir:

A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

O que se depreende do julgado mencionado acima pode ser resumido no posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa quando do seu voto.

Segundo o Ministro a questão posta e constante nos autos que deram origem ao presente julgado, centrava-se em dois direitos fundamentais. O primeiro refere-se ao direito à moradia (art. 6º da CF), um direito assegurado constitucionalmente e que requer uma atuação do Estado. O segundo, ao direito à liberdade que na mais pura essência retrata uma autonomia de vontade, que no caso concreto do recurso extraordinário interposto, está presente pela faculdade de cada um em comprometer-se contratualmente, portanto, de se submeter aos eventuais ônus advindos de tal ato.

O Eminentíssimo Ministro finaliza o seu Voto com o seguinte posicionamento:

A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

O julgamento desse recurso extraordinário tornou-se referência nos julgados que vieram a seguir, que versavam sobre o mesmo objeto.

4.1.2. Agravo de Instrumento nº 856943/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento 23/10/2012, Data de Publicação 29/10/2012.

Nesse julgado, o Ministro Relator segue entendimento já pacificado no âmbito da corte e nega seguimento ao recurso.

Para tanto, fundamenta sua decisão monocrática nos julgados dos RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 612.360-RG/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 533.128-AgR/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AI 586.457/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 605.628/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; e RE 608.558-AgR/RJ, de sua relatoria, como dispõe a seguir:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja segue transcrita: “AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA – BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR – PENHORABILIDADE – MATÉRIA JÁ TRATADA NA

MONOCRÁTICA – RECURSO NÃO PROVIDO. Em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei n. 8.009/90, inserido pelo art. 82, VII, da Lei n. 8.245/91, é possível a penhora do bem imóvel do fiador em contrato de locação. Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente” (fl. 139). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação ao art. 6º da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é constitucional o art. 3º, da Lei 8.009/1990, tendo em vista que a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação não ofende o artigo 6º da Constituição Federal. Nesse sentido: RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 612.360-RG/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 533.128-AgR/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AI 586.457/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 605.628/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; e RE 608.558-AgR/RJ, de minha relatoria. Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 23 de outubro de 2012. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator – (STF - AI: 856943 MS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2012, Data de Publicação: DJe-212 DIVULG 26/10/2012 PUBLIC 29/10/2012).

Vê-se claramente que o entendimento da Corte maior é no sentido de que exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, não traz conflito ao que determina o art. 6º da Constituição Federal, portanto, é perfeitamente legal a penhora de bem imóvel de família dado em garantia locatícia.

No dizer do Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, vale repetir, o fiador não é obrigado a afiançar este ou aquele indivíduo. Usa da sua prerrogativa de fazê-lo e assim fazendo, assume todos os riscos inerentes ao negócio jurídico, ao compromisso assumido.

4.1.3. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 612.360/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Pleno STF, Data do Julgamento 13/08/2010, Data da Publicação 03/09/2010.

Em face dos inúmeros casos relativos à mesma matéria, ou seja, relativos à penhora de bem de família de fiador dado em garantia locatícia, no julgamento do RE 612.360/SP foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso, com voto favorável da Min. Relatora e do Min. Ayres Britto, vencido o Min. Marco Aurélio e ausência de manifestação do Min. Eros Grau.

O inconformismo do recorrente no RE fundou-se na alegação da “inconstitucionalidade da penhora do imóvel bem de família do fiador locatício por ofensa à eficácia negativa do Direito Social à Moradia”.

Segundo o recorrente houve na decisão de penhorar o bem de família do fiador dado em garantia locatícia, violação ao art. 6º, caput, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/2000.

No seu voto, a relatora ressaltou o caráter relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, conforme consignado no § 1º do art. 543A, do CPC, em razão do grande número de famílias afetadas pela questão incontroversa, que tinham interesse na solução definitiva do assunto.

Ressaltou a existência de entendimento pacificado no âmbito da Corte, citando uma série de julgados após o RE 407.688 (originário do entendimento pela legitimidade da penhora), onde:

[...] afirmou ser legítima a penhora de bem considerado de família pertencente a fiador de contrato de locação, em face da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 (acrescentada pela Lei 8.245/91) com o princípio do direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal a partir da EC 26/2000.

O julgado, ao final, teve o cunho de ratificar as jurisprudências da Corte acerca da legitimidade da penhora objeto das inúmeras discussões e reconhecer a repercussão geral da matéria.

No posicionamento contrário ao presente julgado, o Min. Marco Aurélio se deteve apenas às questões de cunho legal, isso porque o mencionado RE fora reatuado como tal – quando na origem foi interposto como agravo de instrumento, por determinação da Min. Relatora. A manifestação do Ministro limitou-se a:

Ora, o instituto da repercussão geral concerne, tão somente, ao recurso extraordinário e desde que esteja presente controvérsia dirimida na origem sob o ângulo da Carta Federal. Manifesto-me no sentido da inadequação, na espécie, do instituto da repercussão geral, cuja inadmissibilidade tem alcance que se pode dizer impróprio.

Segundo ele, a reatuação fora indevida porque o agravo ainda estava para ser julgado.

4.1.4. Apelação nº 992080245390/SP, Relator Ministro Antônio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento 12/08/2010, Data de Publicação 23/08/2010.

Nesse julgado, novamente, o Ministro Relator segue entendimento já pacificado no âmbito da Corte e nega provimento e procedência ao recurso de apelação.

Sua decisão se fundamenta, também, no RE 407.688/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso.

No tocante ao direito social à moradia, entretanto, cita em seu voto comentários do Ministro Gilmar Mendes feitos no Recurso Extraordinário 450.471/SP, em julgamento ocorrido no dia 08/08/2006 e publicado no dia 08/09/2006. Nesta feita, o Ministro faz menção à proteção do direito social a moradia do ponto de vista dos locatários, como maioria da classe de pessoas que buscam na locação o seu pleno acesso ao direito a moradia, defendendo a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, com a finalidade de fomentar as relações locatícias, e conseqüentemente, a aquisição do direito a moradia por parte dos locatários, *in verbis*:

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada - para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia (EDcl no REExt nº 450.471/SP - Min. GILMAR MENDES - 2a T. - j . em 08.08.06 - in DJU de 08.09.06, p. 61).

O entendimento da Corte maior se estabelece claramente no sentido de que exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, não contraria o artigo 6º da Constituição Federal, mas sim favorece, do ponto de vista do locatário em poder conceder ao locador garantia suficiente para que não haja impedimento a concretização de sua locação”.

4.1.5. Agravo de Instrumento nº 20140020137654 DF 0013870-58.2014.8.07.000, 6ª Turma Cível do TJDF, Relatora Ministra Ana Cantarino, Data de Julgamento 30/07/2014, data de Publicação 05/08/2014.

Trata-se o presente recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão favorável à penhora do bem de família da agravante, em execução fundada em contrato de locação de bem imóvel.

Nesse caso, alega a agravante que a penhora do seu bem de família fere ao próprio artigo 1º da Lei 8.009/90 que determina qual seja o bem de família e que, caso o bem seja levado à hasta pública, causaria danos irreparáveis a agravante.

Entretanto, a Excelentíssima Relatora nega provimento ao presente recurso sob o fundamento de que a razão da penhora é a fiança concedida pela agravante ao locatário do contrato de locação executado. Sendo assim, ela não entraria na regra geral determinada no artigo 1º da Lei n. 8.009/90, e sim na exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da mesma Lei que determina a penhora no caso de fiança concedida em contratos de locação.

4.2. Expectativas Possíveis em Relação ao Sistema de Garantias Locativas, à Luz dos Princípios Constitucionais

Em relação ao sistema de garantias locatícias à luz dos princípios constitucionais, é necessário primeiramente tecer alguns pontos concernentes aos contratos de locação, às garantias locatícias permitidas em lei utilizadas nesses contratos e à vigência dos princípios constitucionais em face da aplicação dessas garantias nos contratos de locação.

Como abordado em seção anterior, os contratos são negócios jurídicos bilaterais pautados no consentimento entre as partes de cada polo acerca de um objeto. Esse negócio jurídico tem como efeito a criação de direitos e obrigações entre as partes, que nos contratos de locação, gera os seus efeitos entre o locador e locatário e, por meio de um contrato adesivo ao principal, há a inclusão do fiador, caso seja essa a modalidade de garantia escolhida para a realização do contrato.

Uma vez manifestada a intenção das partes em realizar o contrato, cabe ao locador indicar a garantia que mais lhe convém para a realização do pacto locatício, devendo o locatário se submeter à vontade do locador para que haja a constituição do contrato (JÚNIOR, 2012).

Escolhida a forma de garantia, nos termos do artigo 37 da Lei n. 8.245/91, as partes poderão realizar o contrato de locação, tendo o locador, como penhor, a utilização da garantia escolhida caso haja o inadimplemento do locatário em alguma das obrigações decorrentes da locação e da posse direta do locatário no imóvel objeto desse contrato (JÚNIOR, 2012).

Dentre as garantias abarcadas pela Lei, tem-se como garantias reais a caução de bens móveis ou imóveis, a cessão fiduciária de quotas de investimento e a contratação do seguro de fiança locatícia. A fiança é uma garantia pessoal prestada por alguém da confiança do locatário que se responsabiliza por eventual atraso ou inadimplemento deste na execução do contrato (GOMES, 2008).

O fiador, entretanto, possui nos contratos de locação condição muito mais onerosa que o próprio locatário, tendo em que vista que havendo a renúncia ao benefício de ordem poderá ser executado conjunta ou separadamente do locatário, podendo responder pelos débitos deixados, até mesmo com o seu bem de família, nos termos do artigo 3º, inciso VII da Lei n. 8.009/90 como foi abordado em seções anteriores. Tendo em vista a subordinação da Lei n. 8.009/90 em relação à Constituição Federal, é necessária a análise dos princípios que permeiam o texto expresso nessa lei, a fim de se apurar a constitucionalidade que incidirá diretamente na aplicação ou não da mesma.

De acordo com Magno Federici Gomes (2008), a Constituição Federal é que dá fundamento as outras leis, definindo competências e estabelecendo direitos e deveres essenciais a todo cidadão. A Constituição é a expressão da soberania popular e tida como norma maior, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, por isso se torna responsável por determinar os limites e direções das normas infraconstitucionais, definindo assim o controle de constitucionalidade (GOMES, 2008).

Com o controle de constitucionalidade, que não se aplica apenas ao texto expresso na Constituição, mas também aos seus princípios, é possível

verificar a possibilidade, ou não, de uma determinada norma ter eficácia no ordenamento jurídico (GOMES, 2008).

Segundo Alexandre de Moraes (2008) a ideia central que permeia o controle de constitucionalidade é da Supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em relação à penhora do bem de família nos contratos de locação proposta pela Lei n. 8.009/90, a questão mais relevante é sobre a sua constitucionalidade em face dos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana e da moradia, que foi incluída no rol de direitos sociais encontrados no artigo 6º da Constituição Federal de 1.988 através da EC 26/00 (GOMES, 2008).

O princípio da isonomia é a igualdade de direitos e obrigações, onde a lei incidirá sobre todos da mesma forma, no caso dos contratos de locação, não poderá determinar nenhuma distinção entre os contratantes do pacto locatício. A Lei n. 8.009/90 em seu artigo 3º, inciso VII, viola o princípio da isonomia, pois impõe ao fiador uma responsabilidade muito mais onerosa em relação ao locatário que, por ser o principal devedor, deveria, no mínimo, ter uma prestação, por determinação legal, semelhante a que é imposta para o fiador nesses contratos (SEGALLA, 2013).

Uma vez que a Constituição Federal estabelece a isonomia como um princípio constitucional, é certo que todo o ordenamento jurídico deverá se submeter à determinação imposta, não podendo a lei, em uma mesma obrigação locatícia, impor responsabilidades ímpares em relação ao devedor e ao fiador do contrato, violando não apenas o seu direito social a moradia, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana (GOMES, 2008).

Segundo Magno Federici Gomes (2008), o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma fundamental do Estado brasileiro e é inerente a personalidade humana, afastando o predomínio das concepções transpessoalistas do Estado em face da liberdade individual. Constitui-se como um valor moral e espiritual inerente à pessoa, que deve ser assegurado pelo Estado no intuito de garantir o exercício dos direitos fundamentais, impondo limitações apenas em situações excepcionais, sem afetar, entretanto, o respeito que cabe a qualquer pessoa enquanto um ser humano. A dignidade da

pessoa humana tem como objetivo proteger o indivíduo de qualquer ato degradante e desumano.

Uma vez que o indivíduo tenha o seu bem de família penhorado fica clara a ofensa a tal princípio, tendo em vista que ele estará sujeito a colocar, não somente ele, mas toda a sua família em condição degradante, pois o seu imóvel, onde reside a sua família, ou que por ato voluntário seja determinado como bem de família, no intuito de receber a proteção que o Estado concede, será dado como garantia de pagamento de uma dívida que nem foi constituída por ele mesmo, mas pelo locatário do contrato de locação (GOMES, 2008).

Essa exceção, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, prioriza o direito de crédito à vida digna do fiador, sujeitando-o a condição desumana para que sejam satisfeitos os débitos oriundos da locação em face do credor, enquanto o locatário, devedor principal da dívida, se vale da proteção do seu bem de família pela mesma lei que impõe tal penalidade ao fiador (GOMES, 2008).

Segundo Magno Federici Gomes (2008), há também nesses casos grave ferimento ao princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que: “duas pessoas, executadas por uma dívida, com mesma origem, responderão de maneira diferente” (GOMES, p. 27, 2008).

Segundo o autor, a razoabilidade é a medida utilizada para se aferir aquilo que é justo e satisfatório, àquilo que seja simplesmente razoável, e a proporcionalidade define os valores que estão em jogo e qual dentre eles deve prevalecer, levando em consideração aquilo que seja mais proporcional a determinado caso (GOMES, 2008).

Esses dois princípios visam estabelecer limites tanto para o legislador, na criação de novas leis, quanto para o julgador que deverá trazer uma solução ao caso concreto com base na aplicação da lei, que levando em conta a própria proporcionalidade, deverá tomar a decisão mais adequada ao caso (GOMES, 2008).

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade encontram previsão legal, implícita, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1.988, e de acordo com Magno Federici Gomes (2008) são reconhecidos como direitos fundamentais, não podendo, portanto, serem desconsiderados, pois tal

disposição possibilita ser a norma infratora considerada inconstitucional (GOMES, 2008).

A prática da penhora fere, também, o direito constitucional à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Esse artigo se encontra no Capítulo II da Constituição que trata sobre os Direitos Sociais, que são reconhecidos como direitos fundamentais de segunda geração.

De acordo com o Magno Federici Gomes (2008), o Estado tem o dever de promover a efetivação desse direito, colocando-se, portanto, em posição contrária à penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, uma vez que é dever do Estado a efetivação e cumprimento dos direitos fundamentais e a Constituição prevê a proteção à moradia de todo e qualquer cidadão no território brasileiro. Torna-se nítida a compreensão de que não cabe no ordenamento jurídico brasileiro norma contrária à proteção do bem de família, no sentido de proteção à moradia do indivíduo (GOMES, 2008).

Há, entretanto, uma corrente contrária a esse entendimento, que se baseia no fato do artigo 6º terminar o seu texto com a determinação “na forma desta Constituição”, como dispõe a seguir:

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.

Segundo Magno Federici Gomes (2008) a expressão citada acima conduz o entendimento de que essa norma depende de uma legislação futura que lhe integre eficácia, regulamentando a forma como será executada, possuindo então, natureza programática.

De acordo com Magno Federici Gomes (2008), no entanto, não há inaplicabilidade do direito social à moradia dada a aplicação de norma posterior pelo artigo 3º, inciso VII da Lei n. 8.009/90, pois as normas programáticas possuem o objetivo de imprimirem a concepção do Estado e a sua ordenação jurídica.

Segundo Alexandre de Moraes (2008), essas normas não possuem execução imediata, mas sim valores que deverão ser levados em consideração pelo Poder Legislativo no exercício da sua função legiferante para criação de

uma norma que venha a regular determinado assunto sem, contudo, ferir a norma programática que lhe deu origem.

Logo, há dupla ofensa ao texto Constitucional uma vez que além de infringir a dignidade da pessoa humana e o direito social à moradia, não expressa a real intenção da previsão constitucional, mas apenas preenche, neste caso específico, o requisito da moradia sem, contudo, lhe garantir ampla proteção, tendo em vista que, na origem, o débito que lhe deu a causa, não foi constituído pela pessoa que sofrerá a execução, mas sim por outro alheio ao pacto acessório constituído entre o locador e o fiador do contrato de locação.

Mesmo diante de todos os princípios expostos acima, é claro o entendimento de que o locatário ou o próprio fiador, não poderá se valer da ofensa a tais princípios para não arcar com os seus compromissos. A questão é meramente a ofensa da isonomia entre locatário e fiador em uma mesma obrigação, que teve como início, o acordo firmado entre o locatário e o fiador do contrato de locação, mas que onera, de forma desigual, o fiador do contrato (SEGALLA, 2013).

De acordo com Alessandro Segalla (2013), tratando-se de uma questão de princípios, não poderia ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo, a prevalência do direito a saúde em face do direito patrimonial de um dono de farmácia para que não fosse realizado o devido pagamento pelos remédios adquiridos.

Da mesma forma, em relação ao direito a moradia, que não poderá ser alegado pelo fiador com a razão de não realizar o adimplemento pelos débitos adquiridos pelo locatário. Se houve a constituição do débito ele deve ser adimplido, porém, de forma igual entre os sujeitos solidários, do polo passivo da obrigação, para que não haja a ofensa à isonomia e uma punição desigual para uma obrigação solidária, que de acordo com o artigo 829 do Código Civil, uma vez renunciado o benefício de ordem, a obrigação deverá ser adimplida com compromisso de solidariedade entre os sujeitos do polo passivo da obrigação.

CONCLUSÃO

Após o estudo realizado, conclui-se que a penhora do bem de família do fiador, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação prevista no Artigo 3º, Inciso VII, da Lei n. 8.009/90, ainda é um assunto muito polêmico tanto no campo da doutrina como da jurisprudência.

Muito embora a Corte maior tenha pacificado entendimento do não ferimento dos princípios constitucionais em questão de penhora do bem de família do fiador em contratos locatícios, na doutrina, há correntes pró e contra tal o instituto na situação em tela. A Corte não considera a posição do fiador do contrato de locação como mero garante que assume uma responsabilidade muito mais onerosa que a do próprio locatário. Prevalece, no seu entendimento, o princípio da liberdade que tem o fiador de oferecer garantia suficiente para adimplir possíveis débitos contraídos pelo afiançado, liberdade, essa, que não pode ser restringida pela justiça no caso de o locador buscar a prestação jurisdicional em face dos débitos adquiridos pelo locatário. Não é assegurado também, nesse caso, o próprio direito à moradia do fiador, que sendo o seu único bem imóvel, estará sujeito à penhora para satisfação dos créditos inadimplidos.

Na doutrina, aqueles que defendem a penhora fundamentam-se na prevalência do equilíbrio sociojurídico das relações de crédito e débito que sustentam a validade das obrigações contraídas pelos contratantes. Nesse sentido, prevalece a tese de que o contrato faz lei entre as partes. Advogam, ainda, em favor do fortalecimento dos institutos que garantem ao locador o recebimento das obrigações contraídas pelos locatários como forma de facilitar o funcionamento do mercado em favor daqueles que não têm moradia, sendo, de forma paradoxal, um modo de garantir esse direito mesmo com o prejuízo do fiador que, na relação locatário/fiador, seria a parte menos vulnerável.

Nesse contexto, o direito à moradia está resguardado em face do fomento do mercado de locação, no que tange aos proprietários terem seus direitos assegurados em relação até mesmo ao bem de família do fiador, como garantia do pagamento dos débitos do locatário e, com isso, serem estimulados a investirem cada vez mais na destinação de unidade imobiliárias para locação,

estabelecendo o fortalecimento do âmbito locatício como lugar de gozo do direito a moradia.

As posições contrárias fundamentam-se na defesa dos direitos constitucionais, especialmente aqueles elencados no art. 6º, enriquecidos pela Emenda Constitucional nº 26 que acrescentou o direito à moradia. Invocam, ainda, os princípios constitucionais e sua superioridade em relação à legislação infraconstitucional, dentre eles, o princípio da isonomia, da proporcionalidade e razoabilidade. Na defesa dos direitos fundamentais, o direito à moradia aparece como requisito da dignidade humana que deve ser objeto de tutela jurisdicional do Estado.

Quanto aos princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade figuram como instrumentos que o legislador e o julgador devem lançar mão diante de leis igualmente vigentes, mas incompatíveis em certos aspectos. Na aplicação desse princípio, deve prevalecer o que é mais adequado e justo num caso concreto, levando o doutrinador a argumentar que os princípios e direitos constitucionais devem prevalecer diante da possibilidade de penhora do bem de família do fiador que, mesmo legal e vigente, fere os princípios maiores que estão consagrados na Constituição.

No que tange à isonomia, é que a obrigação assumida entre os devedores solidários, caso o fiador renuncie o seu benefício de ordem, que é o que acontece na maioria das vezes, é a desproporcionalidade na forma como deverá ser cumprida a obrigação. O fiador, como garante da relação, importa um encargo muito maior do que o próprio devedor principal.

A dívida, de fato, possui a mesma origem que é o contrato de locação inadimplido, entretanto, o encargo imposto ao fiador está fundamentado num contrato acessório, tendo em vista ser ele apenas uma garantia constituída através de um pacto acessório ao principal. Verifica-se, sob essa ótica, grave ofensa aos princípios da isonomia porque duas pessoas, executadas por uma dívida com a mesma origem, responderão de maneira diferente.

Enfim, seguindo a posição dos doutrinadores contrários à penhora do bem de família nos casos de fiança em contrato de locação, é claro o entendimento de que o artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, é inconstitucional, por ferir os tais princípios. Se a referida Lei n. 8.009/90 abarcar em seu conteúdo a possibilidade do locatário ter as mesmas condições quanto

à disponibilidade do seu bem de família, caso o tenha, em relação ao fiador, é certo que haverá maior isonomia entre fiador e locatário, e dessa forma, como razão de fomento do mercado de locação, o fortalecimento do mercado locatício como lugar de gozo do direito à moradia.

Conclui-se, porém, que a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação é inconstitucional e que a Lei n. 8.009/90, da mesma forma que não garante a proteção do bem de família do fiador deverá, também, estender a mesma disposição ao bem de família do locatário, caso o tenha, tendo em vista o cumprimento dos princípios constitucionais em questão, dentre eles, e com maior relevância, os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia e a defesa do direito à moradia do próprio fiador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, H. **Curso de Direito Imobiliário 9ª Edição**. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disp. <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

BRASIL, **Lei 8.009/90**. Disp. <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

BRASIL, **Lei 8.245/91**. Disp. <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

BRASIL, **Constituição Federal** de 1988. Disp. <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

CREDEIE, R. A. **Bem de família: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, G. G. **Fiança na locação de imóveis**. São Paulo: Fonte do Direito, 2006.

CZAJKOWSKI, R. **A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90**. Curitiba: Juruá, 2001.

FRANÇA, A. D. **A fiança na prorrogação do contrato de locação**. Vol. 405. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, O. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, M.F. **Fiança e locação: a impenhorabilidade processual do patrimônio mínimo familiar do fiador locatício**. Vol. 26. Porto Alegre: Magister LTDA, 2008.

IHERING, R. V. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 7 - 19.

JÚNIOR, C. F. **Locação: a fiança e a demora no ajuizamento do despejo**. São Paulo: Magister, 2008, vol. 25.

_____. **O bem de família na execução da fiança**. In. TUCCI, J. R. C. A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JÚNIOR, L. A. S. 2012. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 24/06/2014.

MILAGRES, M. O. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil: Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, J. E. **Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

PENNA, H. **A fiança locatícia e o artigo 835 do Código Civil**. São Paulo : Associação dos Advogados de São Paulo, 2007, Vol. 90.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil - Volume III - Contratos**. São Paulo: Editora Forense, 2012, p. 229 - 276; 455-464.

RODRIGUES, S. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SEGALLA, Alessandro. 2013. **Contrato de Fiança**. São Paulo : Atlas, 2013.

SOUZA, S. C. **A lei do inquilinato comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Forense, 2012.

TARTUCE, F. **Direito a Moradia**, 2005. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2005-ago-26/penhora_imovel_familia_fiador_inconstitucional>. Acesso em: 01 de Out de 2013.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença e processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 45ª Edição.

TUCCI, J. R. C. **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações e Teoria Geral Dos Contratos**. Vol. II. São Paulo, Atlas, 2013.