

# O CONTRATO DE FIANÇA SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: A NÃO-RECEPÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO VII, DA LEI 8.009/90

Carolina Decco Correia D'ARCE <sup>1</sup>

Daniela Martins MADRID <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo, ao delinear as considerações gerais em torno do contrato de fiança, apontando sua definição e principais características, tem a finalidade de discutir a inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90. Para melhor exposição do tema, as autoras analisam os princípios e fundamentos norteadores do Código Civil de 2002, na esfera obrigacional. Em linhas gerais, as autoras expõem a importância de que a liberdade contratual seja limitada pela função social dos contratos. Ao lado dos princípios da eticidade e socialidade, a boa-fé objetiva também recebe destaque no decorrer do trabalho, a fim de que as partes contratantes atuem de modo leal e justo, procurando um ponto de equilíbrio na formação e execução dos contratos. A pesquisa possui seu alicerce nos preceitos inovadores traçados pelo Direito Civil Constitucional, projetando as razões de se questionar o conteúdo do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90. O trabalho procura, assim, demonstrar que a celebração de um contrato, como o de fiança, deve adequar-se aos ditames preconizados pela Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade social. Diante da nova realidade, abordada em apontamentos gerais

---

<sup>1</sup> A autora, formada em Direito pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente - SP, é advogada e pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição (R.A. nº 7-0718-4).

<sup>2</sup> A autora, formada em Direito pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente - SP, é advogada e pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição (R.A. nº 7-0463-8).

pela presente pesquisa, as autoras debatem a não-recepção do dispositivo legal que afasta a impenhorabilidade do bem de família do fiador, com enfoque no contrato de fiança considerado sob o prisma do direito civil constitucional.

**Palavras-chave:** Fiador; Contrato; Função social; Boa-fé objetiva; Bem de família; Direito Civil Constitucional; Dignidade da pessoa humana; Direito à moradia.

## INTRODUÇÃO

Com a chegada do novo Código Civil, os operadores do Direito passaram a empenhar-se na tarefa de construir novos modelos interpretativos, harmonizando o texto codificado com a ordem pública constitucional.

Há tempos, a necessidade de compatibilizar as regras do Direito Civil com a Constituição Federal de 1988 já se manifestava, com o intuito de conferir a máxima eficácia social, priorizando a salvaguarda dos interesses mais significativos.

Na concepção tradicional do Direito privado, o contrato atuava como instrumento que prestigiava o predomínio da mera intenção e simples pretensão dos contratantes, ainda que inexistente um ponto de equilíbrio entre elas. Assim, forte onda de descrédito desenvolveu-se frente ao tradicional instituto do Direito Obrigacional.

A partir disso, tornou-se cada vez mais presente a interferência, por parte do Estado, na estruturação do conteúdo contratual. Neste passo, o novel Código Civil consagrou a função social do contrato como fator limitante à liberdade contratual, como resposta às novas necessidades da sociedade pós-moderna.

Por esta nova sistemática, com valorização de um sistema de cláusulas gerais, ou seja, de modelos abertos de realização do direito, amplia-se a margem de interpretação pelo julgador, possibilitando o alcance e a solução de novos conflitos.

Partindo dessas premissas, no presente trabalho serão analisadas as noções fundamentais quanto ao contrato de fiança, embasadas na nova visão do Direito Civil. Por este prisma, procurar-se-á demonstrar que, nas relações contratuais, qualquer situação que revele um excessivo encargo ou ofensa a direitos fundamentais de uma das partes contratantes não poderá ser admitida.

Tendo em vista as transformações sociais refletidas no mundo jurídico, surge a necessidade de analisar e debater o alcance de um dispositivo legal frente aos ditames da Constituição Federal e aos princípios contratuais consagrados no novo diploma civil.

Após estabelecer as noções gerais do contrato de fiança, com base nos princípios da eticidade, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, a proteção ao bem de família do fiador será invocada como corolário da aplicação do Direito Civil da Pós-Modernidade: o Direito Civil Constitucional.

## **I - CONTRATO DE FIANÇA: NOÇÕES GERAIS**

O comportamento humano, por meio da livre e válida manifestação de vontade, resulta na formação de negócios jurídicos. Na manifestação e no acordo de vontades, criam-se direitos e obrigações entre as partes envolvidas, tendo a própria lei conferido eficácia à válida manifestação volitiva.

De acordo com a professora Giselda Maria F. Novaes Hironaka (2000), ao declarar o consentimento em assumir obrigações frente a outrem, haverá a chamada declaração bilateral de vontades, como ocorre nos contratos. Assim, o contrato pode ser definido como o ajuste ou acordo de duas ou mais vontades, em conformidade com a ordem jurídica, visando à produção de efeitos jurídicos.

Celebrado um contrato, surge o interesse de garantir que este venha a ser cumprido. Para tanto, é possível que terceiro, estranho ao vínculo obrigacional, ofereça a garantia de pagamento por meio do contrato de fiança, conferindo segurança no cumprimento de um contrato ao credor, além da garantia genérica correspondente ao patrimônio do devedor.

Ao ser pactuada a fiança, o patrimônio do fiador restará como garantia do pagamento da obrigação contraída pelo devedor. Logo, trata-se a fiança de uma espécie inserida no gênero caução, que está dividida em caução real (na qual ocorre a separação de um determinado bem, móvel ou imóvel, com o encargo de responder pela solução da obrigação) e em caução fidejussória ou pessoal, baseada na confiança ou fidúcia depositada na pessoa do garante.

Disciplinada nos artigos 818 a 839, do Código Civil, a fiança é uma das garantias ou cauções fidejussórias ou pessoais, tendo em vista que uma pessoa assume uma obrigação no lugar de outra. Para as obrigações comerciais, regidas pelo regime cambiário, a garantia fidejussória é conhecida por aval, ao passo que, para as obrigações civis, a garantia prestada

por terceiro é a fiança. O avalista é tido como co-obrigado, enquanto, no contrato de fiança, o fiador é garantidor subsidiário.

O contrato de fiança é um contrato de natureza acessória, estando vinculado como garantia de uma obrigação principal. Tem, assim, por pressuposto a efetivação de um outro contrato. Segundo define o doutrinador Roberto Senise Lisboa (2004b, p. 467), “a fiança é contrato por meio do qual uma das partes (o fiador) se obriga perante a outra parte (o credor de outro contrato) a garantir o pagamento devido pelo terceiro (afiançado), que é parte em contrato diverso celebrado com o credor, caso não venha a adimplir suas obrigações.”

De acordo com o renomado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (2003b), a fiança poderá ser livremente convencionada (fiança convencional), bem como resultar de comando da lei (fiança legal) ou de imposição de autoridade judicial (fiança judicial).

No presente trabalho, ter-se-á como base a fiança convencional, com o fim de discutir sobretudo a questão em se conferir ou não a impenhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. Desse modo, é necessário delinear as noções gerais a respeito do contrato de fiança, possibilitando uma melhor compreensão do tema ora debatido.

Consiste no contrato pelo qual alguém – o fiador – garante perante o credor a dívida de um terceiro, que é o devedor principal. O fiador, sendo acionado, responderá com todo seu patrimônio, uma vez que o contrato de fiança insere-se no campo da caução fidejussória.

Segundo a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira (2003b, p. 493), trata-se do “contrato por via do qual uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (Código Civil, art. 818).”

A partir do conceito de contrato de fiança, é importante destacar suas principais características. Em sendo um contrato de garantia, o contrato de fiança é *acessório* ao contrato que estatui a obrigação principal. Desse modo, pressupõe a existência de uma obrigação principal onerosa.

É contrato *unilateral*, uma vez que gera obrigações somente para uma das partes – o fiador – perante a outra, sem que esta tenha qualquer obrigação. É válido assinalar que, como contrato, a fiança é negócio jurídico bilateral no momento de sua formação, ou seja, na manifestação das vontades das partes contratantes.

Neste passo, destaca-se o ensinamento da renomada professora Giselda Maria F. Novaes Hironaka (2000, p. 90):

Vale dizer, para existir e valer, o contrato não dispensa a *dupla manifestação de vontades* na sua formação, isto é, no momento de seu ingresso no mundo jurídico. Superada esta fase – a do plano da existência – e estando o contrato

efetivamente formado, estará em termos de ser classificado como contrato *unilateral* ou *bilateral* (também chamado *sinalagmático*), conforme gere obrigações para apenas um ou para todos os contratantes, respectivamente.

No contrato de fiança, não existe a “dependência recíproca de obrigações” (HIRONAKA, 2000, p. 90), considerando-se unilateral no plano de eficácia, e não no plano de existência.

Também é um contrato *gratuito*, na medida em que há vantagens a somente uma das partes, não percebendo o fiador nenhum benefício com a realização deste contrato. A fiança é prestada de forma desinteressada, uma vez que o fiador nada ganha com a prestação da fiança. Nada impede, porém, que o fiador seja remunerado pelo risco assumido, como ocorre nas fianças bancárias. Caso o devedor queira remunerar o fiador pela fiança prestada, estabeleça-se um negócio entre ele e o fiador, sem interferência do credor. No entanto, em regra, não há remuneração pela fiança prestada.

O contrato em questão aperfeiçoa-se com a manifestação de vontade das partes, assumindo o caráter de contrato *consensual*. Também, é dito *comutativo*, pois as partes já conhecem as prestações por cada uma assumidas.

No artigo 819, o diploma civil impõe a forma escrita ao contrato, para que não haja dúvidas quanto à sua existência e extensão, mas este se configura como contrato *informal*. Por fim, trata-se de contrato de natureza personalíssima (*intuitu personae*), pois é estabelecido com base na relação de confiança entre as partes.

Quanto à validade do contrato de fiança, observam-se determinados requisitos, de ordem subjetiva e objetiva. Na esfera subjetiva, a parte deve ter a capacidade genérica para contratar, podendo assim assumir um contrato de fiança.

Em regra, toda pessoa *capaz* pode prestar fiança. Existem, todavia, algumas restrições estipuladas com o propósito de assegurar a boa convivência social. Dentre elas, está a necessidade de autorização do cônjuge, salvo no regime de separação absoluta de bens, para a validade da fiança prestada. Vale mencionar que o Código Civil de 2002 estendeu esta exigência ao aval, devendo ele ser prestado com a anuência do cônjuge.

A fiança prestada sem o consentimento do cônjuge é nula. Com exceção do regime da separação absoluta de bens, o fiador, sendo casado, necessita do consentimento de seu cônjuge.

Não se deve confundir o consentimento dado pelo cônjuge com fiança conjunta. É preciso distinguir a autorização do cônjuge à fiança, que é uma exigência legal, da fiança

prestada por ambos. Quando um cônjuge afiança e o outro simplesmente autoriza, este último não se converte em fiador.

Conforme analisado anteriormente, para realização do contrato, exige-se a forma escrita. Pode ser inserido no próprio texto do contrato principal, em documento apartado ou em documento posterior ao da obrigação principal, desde que seja escrito.

No âmbito dos requisitos objetivos, tem-se que a fiança pode ser dada em relação a uma obrigação, legal ou convencional. O objeto da fiança é a garantia do cumprimento de uma obrigação principal, ficando o fiador obrigado a, em não pagando o devedor principal, pagar em seu lugar.

Como visto, é contrato acessório, estando atrelado à validade da obrigação principal. Em regra, a fiança é dada em face de obrigações atuais, mas também pode se referir a obrigações futuras, ficando sua exigibilidade na pendência de que estas se façam certas e líquidas (Código Civil, artigo 821).

A respeito do valor da fiança, a regra da acessoriedade mais uma vez é determinante. Desse modo, pode ser inferior ao da obrigação principal, mas não poderá ultrapassá-lo, nem ser mais oneroso. Nestas hipóteses, aplicar-se-á a redução ao nível do débito afiançado, em conformidade com a regra do artigo 823, do Código Civil.

Vale elucidar que o contrato de fiança conclui-se entre o fiador e o credor, enquanto que o contrato principal, estipulado entre o credor e o devedor (afiançado), constitui outra relação jurídica. Ainda que a fiança tenha sido inserida como cláusula do contrato principal, o contrato acessório não se descaracterizará subjetivamente.

Neste passo, verifica-se que não há uma relação contratual tripartite, mas sim a existência de dois negócios jurídicos distintos, que se ligam em razão da acessoriedade do contrato de fiança.

A fiança pode ser estipulada de acordo ou contra a vontade do devedor, já que o beneficiário é o credor. Assim, como todo contrato benéfico, deve-se interpretá-lo restritivamente, não comportando extensão objetiva ou subjetiva.

Caso seja dada a termo certo, não é legítimo que o credor invoque a garantia em relação a obrigações posteriores ao vencimento daquele, pois não se admite a extensão temporal da fiança. Se a fiança não for limitada, o entendimento é de que ela compreenderá os acessórios da obrigação garantida, como os juros moratórios e outras despesas acessórias (artigo 822 do Código Civil).

Sendo o devedor obrigado a oferecer fiador, por exigência legal ou contratual, o diploma civil autoriza a recusa do fiador pelo credor, na hipótese de o fiador não ser pessoa

idônea, tanto no aspecto financeiro, quanto moral, ou, ainda, se não for residente no município onde tenha de prestar a fiança (artigo 826, Código Civil).

## II – EFEITOS DA FIANÇA: BENEFÍCIO DE ORDEM E DE SUB-ROGAÇÃO

O fiador garante o adimplemento do afiançado, ao assumir o compromisso de solver a obrigação contraída pelo devedor, se este último não o fizer. Estabelecido o contrato de fiança, o credor terá o direito de exigir do fiador o pagamento da dívida garantida. Sendo demandado, o fiador tem em seu favor o *benefício de ordem* (excussão), permitindo-lhe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor. Ainda, ao fiador incumbirá nomear bens pertencentes ao devedor, localizados no mesmo município, livres e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito, a teor do previsto no artigo 827, do Código Civil.

Se não forem suficientes, o fiador deve indicar bens de seu patrimônio para complementar o que faltar. O benefício de ordem é uma presunção legal, pois todo fiador tem direito ao benefício. Contudo, essa presunção não é absoluta, nas situações enumeradas nos artigo 828 do Código Civil, nas quais o fiador não poderá utilizar-se do benefício de ordem.

De acordo com a obra de Caio Mário da Silva Pereira (2003b), no Direito Romano antigo e no período clássico, inexistia este benefício, vigorando a solidariedade, ainda que não convencionalizada, nos contratos de fiança. Com o *Corpus Juris*, ao tempo de Justiniano, o benefício passou a ser adotado, irradiando-se aos Códigos da atualidade.

Contudo, é importante observar que, na realização dos negócios, tem-se aplicado de modo generalizado a estipulação da fiança solidária, o que remete à “primitiva concepção romana da fiança sem o *beneficium excussionis*.” (PEREIRA, 2003b, p. 499)

Na disciplina do contrato de fiança, o diploma civil previu situações em que o benefício de ordem pode ser recusado: 1) se não forem observados os requisitos de sua concessão, relativos à oportunidade da indicação, à situação dos bens e à sua liberação; 2) se houver renúncia expressa do benefício de ordem pelo fiador, seja no instrumento da fiança, seja em documento apartado; 3) sendo aberta a falência do devedor ou declarado insolvente, o que vem a impossibilitar a indicação pelo fiador de bens livres e desembargados do devedor; 4) caso o fiador tenha se declarado *devedor solidário* ou *principal pagador*, acarretando a renúncia ao benefício de ordem.

Declarando-se solidário, o fiador poderá ser demandado pela totalidade da dívida e sem o benefício de ordem. No caso de o fiador assumir a figura de principal pagador, será acionado em primeiro plano, tornando-se o devedor principal da obrigação.

Nesta matéria, é possível aplicar o “Diálogo das Fontes” entre os artigos 424 e 828, ambos do Código Civil. Pelo artigo 424, nos contratos de adesão, as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, são nulas. Em relação ao benefício de ordem, ocorrida sua renúncia em contrato de adesão (freqüentemente empregado nos contratos de locação), será tida como nula.

Levando em consideração o Enunciado nº 172, do Conselho da Justiça Federal, e efetuando uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, conclui-se que não se pode admitir a validade da renúncia ao benefício de ordem realizada por meio de contrato de adesão.

Paga a dívida pelo fiador, este deverá ser ressarcido pelo devedor, inclusive com perdas e danos (Código Civil, artigo 832). Incidirá, nesta oportunidade, o benefício de sub-rogação, essência do contrato de fiança, não podendo ser revogado por cláusula expressa. Por este benefício, o fiador, ao pagar a dívida do devedor, sub-roga-se nos direitos do credor perante aquele.

Vencida a obrigação principal, a fiança também se conclui. Sendo o contrato regularmente cumprido pelo devedor, o fiador será exonerado.

Caso o contrato seja renovado, como um contrato de locação, não o será o contrato de fiança, salvo se o fiador prestá-la novamente, pois não se admite a interpretação extensiva da fiança, conforme o artigo 819, do Código Civil, segunda parte, que se trata de norma de ordem pública.

Sobre esta questão, cumpre mencionar o entendimento da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça: “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”

O contrato de fiança será extinto pela exoneração do fiador, pela incapacidade ou morte do fiador, pela extinção do contrato principal. A fiança também se extingue pelas hipóteses dos artigos 837 a 839 do Código Civil.

### **III – PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

#### **a) Princípios da eticidade, operabilidade e socialidade**

Na sistemática do novo Código Civil, destacam-se os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade. Ao contrário do vetusto diploma, o Código atual volta-se à superação ao formalismo jurídico, privilegiando a participação de valores éticos na elaboração e aplicação das regras de direito.

Para atender ao princípio da operabilidade, o diploma civil de 2002 estabeleceu normas visando à facilitação da interpretação e aplicação pelo operador do direito. Considerando também o princípio da eticidade, torna-se claro o objetivo principal do Direito é o de ser realizado e executado, sempre de modo ético, solidário e justo.

Quanto aos contratos, praticados a todo instante no âmbito das relações sociais, também devem se adequar a tais fundamentos. É preciso que o Direito Obrigacional sempre vise a um ponto de equilíbrio econômico entre as partes contratantes, conferindo base ética à celebração dos contratos.

Como decorrência de profundas transformações ocorridas na sociedade, consolidou-se a idéia fundamental de que o Código Civil deve ser considerado um sistema harmônico, a ser interpretado conjuntamente e a partir de princípios gerais de direito.

No entender de José Augusto Delgado (2003), o comportamento ético adotado pelo novo Código é aquele que considera o homem como um ser composto de valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de confiança nas relações desenvolvidas, seja negociais ou não.

Tendo em vista o princípio da socialidade, verifica-se a necessidade de afastar o caráter individualista vigente sob a égide do Código Civil de 1916, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, consagrando como valor primordial a pessoa humana. Desse modo, este princípio, de grande importância ao estudo dos contratos e da propriedade, também confere embasamento à função social dos contratos.

## **b) Função social dos contratos**

Na análise do presente tema, não se pode deixar de relacionar a importância da função exercida pelos contratos. Em sua aplicação, o contrato harmoniza interesses não coincidentes, aperfeiçoando-se pelo acordo satisfatório de vontades dos contratantes.

Como instrumento imprescindível à circulação de bens, o contrato possui intrinsecamente uma função social a atender, como se dá também com a propriedade. Assim, a função social dos contratos encontra alicerce na própria função social da propriedade,

consagrada nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, inciso III, todos da Constituição Federal.

De acordo com o ensinamento do mestre Flávio Tartuce:

Entendemos que a intenção da expressão função social do contrato está intimamente ligada ao ponto de equilíbrio que o negócio celebrado deve atingir e ao que se denomina princípio da equidade contratual. Dessa forma, um contrato que traz onerosidade a uma das partes – tida como hipossuficiente e/ou vulnerável –, não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão julgante. (TARTUCE, 10 nov. 2005, p. 01)

Com as transformações advindas da constante evolução social, o próprio Direito das Obrigações necessita adequar-se aos novos paradigmas sociais, ao sofrer os reflexos dessas mudanças. Confrontando o poder absoluto da vontade individual e a plena liberdade contratual, o contrato passou a ser visto sob a ótica do papel sociológico que tem a exercer.

Voltado a este enfoque, o Código Civil de 2002, em seu artigo 421, regulou que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social do contrato. Verifica-se, pois, que este dispositivo é fruto do “fenômeno da *socialização* do Direito das Obrigações” (HIRONAKA, 2000, p. 92), consistente na procura pelo ponto de equilíbrio das relações contratuais.

A parte hipossuficiente ou que sofra um grande ônus na realização do contrato necessita de uma maior proteção, a fim de que o contrato atenda à sua função social.

A inovação em questão corresponde a um dos principais objetivos da codificação novel. De acordo com o jurista Miguel Reale (1999) *apud* Flávio Tartuce (2005, p. 195), destaca-se:

[...] como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

A partir desse princípio, é importante assinalar que a interpretação dos contratos deve ocorrer segundo o contexto da sociedade. Para o mestre Flávio Tartuce (2005), a função social dos contratos constitui-se um regramento de ordem pública (com decretação de ofício pelo juiz), como previsto no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil, e com fundamento constitucional, na tríade *dignidade-solidariedade-igualdade*.

Com relação ao contrato de fiança, também é inquestionável que sua aplicação deva ocorrer sob o prisma da função social dos contratos. Dessa forma, o contrato deve vigorar de modo a equilibrar a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro, garantindo, assim, a igualdade entre as partes.

Por este aspecto, revela-se a importância de auferir maior proteção à pessoa do fiador, que suporta todo o ônus da obrigação por ele assumida. Não obstante este encargo, uma alteração trazida à Lei nº 8.009/90 retirou a proteção ao bem de família do fiador.

Tendo em vista a consolidação de regras de direito mais justas e solidárias, com respaldo no princípio da função social dos contratos, nos valores de boa-fé e equidade, não se pode admitir que a aplicação de um contrato afronte essa concepção.

Conforme será analisado adiante, a exceção à impenhorabilidade do bem de família legal do fiador, inserida no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, é flagrantemente inconstitucional, considerando, dentre outros fundamentos, o princípio da função social dos contratos.

Diante dessas considerações, cumpre destacar o conteúdo do Enunciado nº 24, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Portanto, para atender à sua função social, o contrato não poderá infringir direitos fundamentais, como o direito constitucional à moradia, impondo a limitação da autonomia privada. Como analisado, a função social do contrato, oportunamente disciplinada pelo Código Civil de 2002, coloca-se como limite à liberdade contratual.

### **c) Princípio da boa-fé objetiva**

O princípio da boa-fé contratual não foi previsto no Código Civil anterior, permanecendo seu conteúdo restrito à intenção do sujeito de direito, correspondendo à boa-fé subjetiva. Somente a partir do novo Código Civil, a matéria foi inovada com o fim de abranger a boa-fé relacionada com a conduta das partes nas relações contratuais e negociais, em seu plano objetivo.

Cabe destacar, segundo o mestre Flávio Tartuce (2005, p. 164-165), “o novo Código Civil adotou o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional.”

Nota-se que o princípio da boa-fé objetiva possui grande importância na interpretação dos contratos. É o que afirma o artigo 113 do Código Civil, ao declarar que a boa-fé deve ser aplicada na interpretação dos negócios jurídicos.

Ainda, o Código Civil, em seu artigo 422, dispõe que as partes devem se comportar de maneira correta e leal, não só durante a formação do contrato, como também em seu cumprimento, agindo com boa-fé e probidade.

Consiste a boa-fé *objetiva* em um padrão de comportamento leal e solidário entre as partes contratantes. Em linhas gerais, de acordo com o professor José Fernando Simão (07 de outubro de 2005), a boa-fé objetiva engloba os deveres de lealdade, cooperação, de informação e segurança entre as partes.

Neste passo, procura-se priorizar a segurança das relações obrigacionais e manter um espírito de lealdade e solidariedade, cabendo às partes expressarem-se com clareza, de modo a evitar interpretações divergentes, bem como cláusulas excessivamente onerosas em detrimento de uma delas.

Ocorrendo o descumprimento do contrato, caberá ao juiz examinar, em cada caso, se houve boa-fé ou má-fé da parte que o infringiu. Considerando a boa-fé subjetiva, é preciso analisar se a própria pessoa acredita que agiu com boa-fé, isto é, de acordo com sua intenção. Já a boa-fé objetiva é uma análise social, de acordo com o comportamento esperado pela sociedade.

Assim, tendo o novo Código Civil consagrado o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, o que se espera é um padrão de comportamento pelo qual as partes pratiquem um negócio em clima de segurança, procurando equilibrar as prestações com razoabilidade. É a responsabilidade que se espera das partes de um contrato de fiança, antes mesmo de sua celebração até sua conclusão (execução).

#### **IV – O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

Atualmente, o Direito Civil não pode mais ser encarado como um sistema isolado, sendo fundamental a sua análise sob a luz da Constituição Federal de 1988. Dentro da nova realidade, a Constituição Federal é o centro regulador das demais normas, sendo que toda e qualquer lei precisa ser interpretada e aplicada dentro daquilo que a Lei Maior estabelece, isso para garantir uma sociedade mais justa.

É necessário estabelecer uma inter-relação entre o Código Civil, a Constituição Federal e as demais leis, reguladoras de matéria especial (microssistemas legislativos).

Dentro dessa atual conjuntura, o Código Civil de 2002 veio afastar a antiga noção de individualismo, que era característica predominante das codificações existentes no século XVIII e XIX.

De acordo com o renomado jurista Gustavo Tepedino (2004), o Código Civil de 1916 era resultado da doutrina individualista e voluntarista, tendo como valor fundamental o indivíduo, sendo que o Código Civil Brasileiro, assim como os outros códigos de sua época, eram considerados como a Constituição do direito privado.

Para uma melhor elucidação, merece análise o posicionamento a seguir:

No universo *craquelé* da Pós Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada. (MARTINS-COSTA, 10 de outubro de 2005).

Com o transcorrer dos anos e com as mudanças sistematizadas pela globalização, o Código Civil perdeu definitivamente o seu papel de Constituição do direito privado. Assim, cabe ressaltar que:

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. (TEPEDINO, 2004, p. 07).

O novo modelo de Código Civil não possui mais como apoio uma estrutura fechada defendida pelos iluministas. Diferencia-se das codificações oitocentistas por buscar a sua inspiração na própria Constituição Federal.

O grande destaque por ser não totalitário é o aparecimento das *cláusulas abertas*, ou ainda, *janelas abertas* “para a mobilidade da vida, pontes que ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.” (MARTINS-COSTA, 10 de outubro de 2005).

Essas cláusulas *gerais* ou cláusulas *abertas* são “janelas abertas” deixadas pelo legislador para preenchimento do aplicador do direito. Diante das inúmeras mudanças sociais,

o legislador reconheceu que não é infalível, sendo impossível prever e codificar os inúmeros casos da sociedade.

Portanto, para que a mudança de um valor social não implique na necessidade de criação de um novo Código Civil, foram criadas estas cláusulas gerais, em razão de sua própria estrutura permitir a sua constante e flexível tradução, acompanhando a própria dinamicidade da vida social, característica esta que os Códigos não possuem.

De acordo com o pensamento inovador da renomada doutrina de Gustavo Tepedino:

Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas. (TEPEDINO, 2004, p. 09).

Segundo o entendimento do jurista José Fernando Simão (2005), as cláusulas gerais podem ser exemplificadas através das expressões: boa-fé, função social e equidade.

Como analisado anteriormente, a boa-fé objetiva, como cláusula geral, encontra-se no artigo 422 do Código Civil, e se apoia no dever de cada sujeito guardar a fidelidade à palavra conferida e não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia.

Para reforçar este entendimento, o Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal (Enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do ministro Ruy Rosado do Superior Tribunal de Justiça) dispõe que: “a cláusula geral contida no artigo 422 do Código Civil, deve levar ao juiz interpretar e quando necessário suprir e corrigir o contrato conforme a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de um comportamento leal dos contratantes”.

Nesta mesma linha de raciocínio, a função social do contrato também se caracteriza por ser um conceito flexível (artigo 421 do Código Civil). Com a aplicação da função social do contrato, os contratantes sofreram limitação em sua liberdade de contratar e no poder de regular a sua vontade.

Na celebração e execução dos contratos, é imprescindível considerar a função social em seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, devendo o contrato respeitar o bem comum, afastando, portanto, a ultrapassada idéia do individualismo.

Dessa forma, “o espaço da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, e da propriedade privada, institutos chaves do liberalismo, ficou grandemente reduzido pelo

conceito social do contrato e a função social da propriedade, prevista na Constituição.” (CAVALIERI FILHO, 10 de outubro de 2005).

Já a equidade é a justiça no caso concreto; pode ser considerada como a suavização ou abrandamento dos rigores da lei abstrata. Nota-se que o parágrafo único do artigo 944, do Código Civil, traz claramente a noção de equidade.

Além disso, as cláusulas gerais permitem que o Direito seja visto em união com os diversos campos que o constituem, possibilitando a aplicação de princípios constitucionais no âmbito do Direito Civil, diante da aproximação cada vez maior deste ramo do Direito com o Direito Constitucional.

Conclui-se, assim, que atualmente não existe um ramo do Direito que seja totalmente autônomo, pois existe uma interdependência latente entre as várias divisões do Direito, onde um complementa o outro, o que acaba por reafirmar que o Direito é uno. Destarte, atualmente, é comum encontrar regras do Direito Público dentro do Direito Civil.

Reafirmando este posicionamento, pode-se frisar:

Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos – a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa. (MARTINS-COSTA, 10 de outubro de 2005).

Insta ressaltar que o Direito Civil não pode ser mais analisado como um sistema isolado e independente, sendo fundamental o seu estudo sob o prisma das normas constitucionais. Surge, assim, o Direito Civil Constitucional, considerando a Constituição Federal como o “sistema solar”, pois se encontra no centro e irradia-se para os demais microsistemas jurídicos. Neste contexto, existem três princípios constitucionais que afetam o Direito Civil, sendo eles: a) Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana; b) Princípio da solidariedade social; c) Princípio da Isonomia ou da Igualdade.

#### **a) Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que está inserida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, princípio este também conhecido como *Repersonalização* do Direito Privado. Seu significado é de que o ser humano deve ser

valorizado em detrimento do patrimônio, ou seja, a pessoa é o fundamento maior da Constituição Federal.

Portanto, há a valorização do indivíduo, mesmo em sede contratual, pois se procura proteger, por exemplo, o consumidor ou a parte mais fraca da relação contratual. De acordo com o jurista Flávio Tartuce (2005, p. 65): “um contrato nunca, jamais, poderá trazer lesão a esse princípio máximo.”

Para uma melhor compreensão destaca-se a seguinte citação:

A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta no vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no artigo 1º mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana. (SOARES e BARROSO, 18 de novembro de 2005, p. 05).

Pode-se, dentro desta linha de raciocínio, concluir que há uma tendência cada vez maior de se utilizar princípios, sobretudo os constitucionais, para solucionar os problemas que surgem no decorrer da vida em sociedade.

Como exemplo dessa afirmação, o Superior Tribunal de Justiça vem em inúmeras decisões (REsp 412536, EREsp182223, Resp 420086, dentre outros julgados) entendendo que a residência da pessoa solteira é bem de família, pois se busca proteger o indivíduo em sua dignidade, sendo que esta previsão não está contida na Lei nº 8.009/90.

Verifica-se, através de uma visão mais profunda, que o objetivo primordial do artigo 1º da Lei n.º 8.009/90 é o de resguardar o direito à moradia, não existindo, portanto, razão para excluir o sujeito que vive sozinho, pois é necessário proteger um mínimo para que ele possa viver com dignidade.

Esta visão, que liga a moradia à dignidade da pessoa humana, é devidamente preconizada na obra intitulada “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, de autoria de Luiz Edson Fachin.

Nesta linha de raciocínio, a solidariedade social e a erradicação da pobreza são metas relacionadas com a dignidade da pessoa humana, visando-se à proteção inafastável do mínimo necessário para viver com dignidade.

Além disso, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, em decisão monocrática, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n.º 8.009/90, que veio afastar a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação.

Os argumentos que sustentam esta inconstitucionalidade também possuem sustentação no princípio da dignidade da pessoa humana ou, ainda, na *repersonalização* do direito privado, no direito à moradia e ao patrimônio jurídico mínimo.

Os acórdãos prolatados nos Recursos Especiais (REsp 745161, REsp 631262, REsp 699837, entre outros) demonstram bem a necessidade da aplicação dos fundamentos acima explanados, com o fim de atacar o texto literal da Lei n.º 8.009/90 (artigo 3º, inciso VII), revelando a sua evidente inconstitucionalidade, por não ter sido recepcionado pelo artigo 6º da Constituição Federal, que estabelece, dentre os direitos sociais, o direito à moradia.

Cumprê destacar que o extinto Tribunal de Alçada Cível, por sua vez, já manifestava-se segundo o entendimento da inconstitucionalidade do dispositivo em análise.

### **b) Princípio da solidariedade social**

Este princípio encontra seu fundamento no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. Segundo Flávio Tartuce (2005), o artigo 170 da Constituição Federal, assim como outros preceitos constitucionais, trazem princípios visando à solidariedade social.

O artigo 170 da Constituição Federal dispõe que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

Para uma melhor elucidação deste princípio destaca-se o texto a seguir:

Uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe são inerentes, mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito da Ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania. (SOARES e BARROSO, 18 de novembro de 2005, p. 06).

Observa-se, portanto, que a liberdade econômica é limitada pela ordem jurídica constitucional e por preceitos ético e social.

### **c) Princípio da Isonomia ou da Igualdade *Lato Sensu***

Possui previsão expressa no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Deste princípio, extrai-se que a Lei deve tratar de maneira igual os iguais (princípio da igualdade *stricto sensu*) e de maneira desigual os desiguais (princípio da especialidade).

Torna-se, portanto, indiscutível a afirmação de que o Código Civil “conversa” com os demais diplomas legislativos, sendo certo que o direito público mantém uma relação direta com o direito contratual.

É o chamado “Diálogo das Fontes”, onde há uma convivência harmônica entre os ramos do Direito, devido à interdependência dos sistemas, sendo certo que eles convivem harmonicamente sem excluir ou eliminar o outro. Torna-se, imprescindível, a adoção de uma visão pós-moderna, com fulcro no caráter social e não mais formal.

#### **V – O FIADOR E O BEM DE FAMÍLIA: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO VII, DA LEI 8.009/90**

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. O *caput* do artigo 3º disciplina que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza. Todavia, este mesmo artigo traz exceções, ou seja, hipóteses em que o bem de família poderá ser afetado, afastando-se, dessa forma, a impenhorabilidade do mesmo.

A redação original do artigo 3º trazia como exceção seis incisos e não previa, dentro daquele rol, a penhora do bem de família de propriedade do fiador, o que ocasionou uma retração do mercado imobiliário.

Para reverter esta situação, a Lei nº 8.245/91 (que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes), em seu artigo 82, acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/90. Dessa maneira, segundo a redação deste inciso, deve ser desconsiderada a impenhorabilidade *por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*.

Com a inclusão deste inciso, grande parte da doutrina começou a defendê-lo dizendo se tratar de excepcionalidade prevista legalmente e verificando a sua ocorrência sempre que houver dívidas auferidas por força de fiança dada em contrato locatício.

Os julgados transcritos a seguir demonstram que o inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, começou a ser aplicado largamente, até mesmo pelo extinto 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Ap. c/ Rev. 605.973-00/3 – 8ª Câm. – Rel. Juiz Renzo Leonardi – J; Ap.

c/ Rev. 617.242-00/8 7ª Câ. – Rel. Juiz Américo Angélico – J. 13.11.2001; Ap. c/ Rev. 656.658-00/9 – 1ª Câ. – Rel. Juiz Vanderci Álvares – j. 27.05.2003; AI 701.575-00 – 5ª Câ. – Rel. Juiz Pereira Calças – J. 27.6.2001.

O próprio Superior Tribunal de Justiça passou a defender a penhorabilidade do bem imóvel do fiador decorrente do descumprimento de um dever proveniente do contrato de locação. Destaca-se, como exemplo, o seguinte julgado: STJ - REsp 299663/RJ – j. 15.03.2001 – 5ª Turma – rel. Min. Felix Fischer – DJ 02.04.2001, p. 334, que entendeu ser válida a penhora de bens do fiador, excluindo-o da proteção conferida ao bem de família.

Contudo, a aplicação deste inciso passou a ser questionada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, que inseriu, dentro dos direitos sociais, um direito fundamental de 2ª geração, que é a moradia, sendo esta uma extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, pois para se ter um mínimo de dignidade, torna-se imprescindível a proteção a um patrimônio mínimo, “como forma de se contribuir para a erradicação da pobreza e se buscar a extinção da marginalização social ainda existente.” (FACHIN *apud* LISBOA, 2004a, p.45-46).

A dignidade da pessoa humana deve ser sempre analisada em detrimento do patrimônio e “a partir do momento em que se privilegia a dignidade humana e não somente o patrimônio pessoal, sobrepõe-se a predileção do ordenamento pela proteção e asseguramento dos direitos da personalidade.” (LISBOA, 2004a, p.46).

A defesa do patrimônio mínimo consiste em garantir saúde, educação, alimentação e moradia, para que a pessoa possa garantir a sua subsistência, sendo tais direitos transformados em direitos da personalidade.

Ao lado desta teoria, destaca-se também a *repersonalização* do direito civil, defendida por Orlando de Carvalho, na tentativa de restaurar a primazia da pessoa. Para uma melhor elucidação, destaca-se o entendimento seguinte:

De fato, o estabelecimento de normas jurídicas deve atender ao bem-comum e aos anseios dos seus respectivos destinatários. O direito positivo deve ser constituído de regras ao serviço da pessoa, conciliando-se os conflitos intersubjetivos e assegurando-se pelos meios possíveis os direitos que, por sua natureza, são inerentes a toda pessoa. (LISBOA, 2004a, p. 47)

Destarte, é necessário delinear limites à exigibilidade do cumprimento de uma obrigação por necessidade da preservação dos direitos da personalidade. Dentro da atual conjuntura, é fundamental que se adote uma visão menos patrimonialista da relação jurídica, para se auferir a exigência constitucional da solidariedade social.

Diante destes fatores, observa-se a premente inconstitucionalidade que se reveste o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, ao permitir que o fiador de um contrato de locação venha a perder o seu bem de família, afetando o princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, seu direito à moradia.

O intérprete da Lei não pode ter um olhar restrito quando a analisa. É preciso ir além e associar aquele dispositivo legal com as demais regras, normas e princípios de outras legislações, e, sobretudo, se fundar na Constituição Federal. Na sociedade pós-moderna, não é possível que um ramo do Direito sobreviva se este não buscar amparo na Lei Maior, pois cada vez fica mais latente o “Diálogo das Fontes”.

Conseqüentemente, o afastamento da impenhorabilidade do bem de família do fiador, apregoada no dispositivo mencionado da Lei nº 8.009/90, choca com a própria estrutura do Direito Civil Constitucional. É, neste sentido, a decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso (RE 352.940/SP, em 2604.2005) pronunciada em sede de recurso extraordinário, em curso no Supremo Tribunal Federal.

Outra razão que justifica a inconstitucionalidade deste dispositivo é a violação do princípio isonômico, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Para o locatário, que é o devedor da obrigação principal (contrato de locação), não há previsão legal para penhorar o seu bem de família, enquanto que para o fiador, que é o devedor subsidiário ou garantidor de uma obrigação de terceiro, conforme analisado anteriormente, existe a possibilidade desta constrição.

O mestre Flávio Tartuce (02 de novembro de 2005) completa este raciocínio ao afirmar que “a lesão à isonomia reside no fato da fiança ser contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação).”

A ressalva trazida pelo artigo 82 da Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/90, desrespeitou o princípio da isonomia ao tratar de maneira desigual situações idênticas, esquecendo-se de que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”. Por esta razão, afirma-se acertadamente que referido inciso não foi recepcionado pela Constituição Federal, face à Emenda Constitucional nº 26 de 2000, o que reafirma a sua inconstitucionalidade.

Soma-se a isso o fato de que somente em relação à fiança prestada em contrato de locação é que poderá resultar na penhora do bem de família do fiador; previsão esta que não está contida nos demais contratos principais que exigem também a garantia pessoal da fiança.

A fiança destaca-se por ser uma garantia pessoal e não real como o penhor e a hipoteca. Por herdar esta característica, o fiador não oferece bens específicos, pois ele garante

a dívida do devedor principal com a totalidade de seu patrimônio. Sendo assim, não se justifica a penhora sobre o seu bem de família, pois esta poderia recair sobre qualquer outro bem de sua propriedade, tendo em vista a exigência de que os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da moradia, sejam respeitados. Considerando os argumentos anteriormente declinados, a proteção ao bem de família do fiador não pode ser desprezada, uma vez que o contrato de fiança somente acarreta obrigações em face do próprio fiador. Este já suporta um grande ônus ao assumir esta relação contratual, não podendo ainda ser impedido de proteger os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, observa-se uma inegável ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e, conseqüentemente, com a função social do contrato. O artigo 170, da Constituição Federal, demonstra a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, e a busca pela justiça social, que, por sua vez, só será alcançada com a observação de determinados princípios, com destaque para a propriedade privada e a função social da propriedade, que fundamenta, por sua vez, a função social do contrato.

A este respeito, merece destaque o posicionamento a seguir:

A desapatrimonialização da relação jurídica atende ao critério da *função social* dos institutos jurídicos, dando-se maior ênfase à pessoa, a ponto de se considerar coerente a conclusão segundo a qual *os direitos da personalidade* devem prevalecer sobre os direitos de conteúdo meramente econômico. (LISBOA, 2004a, p. 49).

Mais uma vez, comprova-se que, dentro do universo da pós-modernidade, não sobra espaço para a permanência de uma visão restrita de aplicação de um dispositivo legal, pois para se obter a tão almejada justiça é necessário percorrer as interligações existentes no âmbito dos vários ramos do Direito, apesar dele ser um corpo um só.

Diante desta afirmação, ganha ênfase o seguinte entendimento:

É limitado demais afirmar que as obrigações existem para serem cumpridas. O direito obrigacional não busca assegurar tão-somente o cumprimento do pagamento como prestação que ingressa em um patrimônio. Seu objetivo é, tal como nos demais ramos da ciência jurídica, a satisfação da pessoa, desde que harmônica aos interesses da sociedade. (LISBOA, 2004a, p. 50).

Levando em conta todos os fundamentos elencados no presente trabalho, torna-se claro que o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, não aufere espaço dentro da Constituição

Federal e nem mesmo dentro da atual sociedade, que superou há muito os antigos paradigmas de cunho individualista.

O Direito Civil Constitucional reafirma esta premissa e deixa transparecer a “olhos nus” a flagrante inconstitucionalidade que a Lei de Locação fez embutir na esfera da Lei do Bem de Família, não assistindo razão alguma para a sua aplicação e permanência na seara jurídica.

## VI – CONCLUSÃO

O Direito Civil baseado em um Código totalitário e defendido pelos iluministas não conseguiu sobreviver com as constantes e infindáveis modificações de uma era globalizada, em que os conceitos, os valores e as normas de conduta interferem diretamente em todas as relações jurídicas, sobretudo a do setor privado.

Neste paradigma, surge o Código Civil de 2002, recheado de *cláusulas gerais*, mostrando que a nova necessidade do aplicador do direito é a de interpretar o dispositivo legal e provar. Dessa forma, cai por terra a antiga noção de individualismo que imperou nas antigas codificações entre os séculos XVIII e XIX.

Ao regular as chamadas *cláusulas gerais*, surge como vantagem a abertura do próprio Direito diante da mutabilidade da vida social e a possibilidade de interligar o Direito Civil com os demais ramos do Direito, em especial com o Direito Constitucional, pois os elementos que formam a cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, mas sim originados diretamente da esfera social, econômica ou moral.

Dentro desta nova estrutura do Direito Civil, prestigiando valores éticos e de boa-fé, bem como a função social dos contratos, e ganhando ainda novos parâmetros com a adoção de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), da solidariedade social (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) e igualdade *lato sensu* ou isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), constata-se a não recepção do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90.

Em vista de todos os argumentos trazidos ao presente trabalho, estabelecidos com base na nova concepção do Direito Civil, demonstrou-se a inconstitucionalidade deste dispositivo, pois a fiança é um contrato acessório que não pode trazer mais encargos do que o próprio contrato principal.

Dessa forma, para garantir a própria dignidade do fiador, que não pode ter o seu bem de família penhorado, deve-se somar também o direito à moradia (com expressa proteção no artigo 6º da Constituição Federal), o princípio da função social do contrato (artigo 421, do Código Civil) e o princípio da boa fé objetiva (artigo 422, do Código Civil), pois as diretrizes que a lei civil fixa para assegurar o cumprimento das relações obrigacionais devem se basear dentro de uma ética humanitária e justa, nunca degradante da pessoa do fiador. Para se atingir este objetivo, torna-se indiscutível a despatrimonialização da relação jurídica e a repersonalização do direito civil, com a garantia de tutela a um patrimônio mínimo, voltado a assegurar o direito fundamental da dignidade humana.

Desse modo, não existe razão para realizar uma prestação patrimonial que ofenda direitos personalíssimos do fiador. Assim, não se justifica a aplicação do inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que, embora esteja inserido dentro de um texto de lei, não pode prevalecer, ante o seu caráter meramente individualista, possuindo unicamente o propósito de extirpar a retração do mercado imobiliário, em detrimento da parte mais fraca da relação contratual, que é o fiador.

Ante os argumentos apresentados, reafirma-se que atualmente o Direito Civil, assim como os demais ramos do Direito, não são totalmente autônomos, pois necessitam de constantes interligações (“Diálogo das Fontes”) com os demais diplomas legislativos. As constantes evoluções sofridas pelo Direito Civil atingiram de forma imediata o Direito das Obrigações, sendo de fundamental importância, por parte do intérprete, abandonar também a sua visão fechada, totalizadora e, sobretudo, individualista do Código Beviláqua e partir para uma nova era de reflexão, marcada pelo Direito Pós-Moderno.

## REFERÊNCIA SBIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais**: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3974>>. Acesso em: 18 de novembro de 2005.

BRASIL. **Código Civil** (Lei n.º 3.071, de 1º de 1916). Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Código Civil** (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Organizador: Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Organizador: Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (RT Códigos).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos.htm-40k>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

DELGADO, José Augusto. **A ética e a boa-fé no novo Código Civil**. In: DELGADO, José Augusto; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais Inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**: estudos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato**: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/artigo\\_giselda\\_responsabilidade.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigo_giselda_responsabilidade.pdf)>. Acesso em: 12 de novembro de 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2001

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004a, vol. 2.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **contratos e declarações unilaterais, teoria geral e espécies**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004b, v. 3.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito Privado como um sistema em construção**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos.htm-40k>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de A.. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAES, Paulo Caldas. **O fiador e o bem de família no advento da emenda constitucional nº 26 de 2000**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/89/88/898/>>. Acesso em: 05 de novembro de 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003a, vol. II.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**: contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003b, vol. III.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. **A previsão da norma do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 05 de novembro de 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social Do Contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **A Boa Fé e o Novo Código Civil – Parte I**. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2005.

SIMÃO, José Fernando. **A Boa Fé e o Novo Código Civil – Parte II**. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2005.

\_\_\_\_\_. **O novo Direito Civil brasileiro e o Código Reale**. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2005.

\_\_\_\_\_. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.** Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 02 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **A revisão do contrato no código de defesa do consumidor e a suposta adoção da teoria da imprevisão:** visão frente ao princípio da função social do contrato. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **Concepção dogmática dos direitos da personalidade. Análise sob o prisma pessoal e patrimonial.** A impenhorabilidade do imóvel em que reside pessoa solteira. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 05 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. OPRMOLLA, Márcio Araújo. **Direito Civil e Constituição.** Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 05 de novembro de 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2005, vol. I.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** contratos em espécie. São Paulo: Editora Atlas, 2002, vol. III.

\_\_\_\_\_. **Novo Código Civil:** texto comparado (Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916). São Paulo: Atlas, 2002.