



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise da decisão do STF sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador
no contrato de locação

Lara de Queiroz Dias

Rio de Janeiro
2013

LARA DE QUEIROZ DIAS

**Análise da decisão do STF sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador
no contrato de locação**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

ANÁLISE DA DECISÃO DO STF SOBRE A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Lara de Queiroz Dias

Graduada pela Faculdade de Direito da Fundação Educacional Serra dos Orgãos. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual *lato sensu*: grandes transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a temática do bem de família no Brasil, apresentando sua origem e desenvolvimento, tendo como foco principal a exceção trazida pela Lei n. 8.009/90, que dispõe sobre a possibilidade de haver penhora do bem de família do fiador no contrato de locação. Essa exceção foi analisada à sombra de princípios e garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, como a autonomia privada em contrapartida ao direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. O tema mostrou-se controverso nos anos de 2005 e 2006 quando o Supremo Tribunal Federal (STF), primeiramente em decisão monocrática, entendeu que, ao contrário do que prevê a Lei n. 8.009/90, não seria possível a penhora da única casa (bem de família) do fiador do contrato de locação, por ser o direito à moradia um direito humano fundamental, o que trouxe uma reviravolta no mundo jurídico. Ocorre que, nove meses após, em nova decisão, desta vez prolatada pelo tribunal pleno, o STF entendeu ser perfeitamente possível penhorar o bem de família do fiador no contrato de locação, sendo, portanto, constitucional e plenamente aplicável a exceção disciplinada pela Lei n. 8.009/90. Assim, para entendermos essa problemática jurídica, analisaremos direitos e princípios constitucionais, com o objetivo de fazermos uma interação minuciosa entre as divergências doutrinárias e os posicionamentos assumidos pela Corte Suprema do Brasil.

Palavras-chave: Impenhorabilidade; Direito à Moradia; Direito Humano Fundamental; Dignidade da Pessoa Humana. Isonomia. Autonomia da Vontade.

Sumário: Introdução. 1. O instituto do bem de família. 1.1. Breve histórico sobre o instituto. 1.2. Exceções à impenhorabilidade do bem de família. 2. Análise do julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP. 2.1. Direito à moradia e princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2. Princípio da isonomia. 2.3. Autonomia da vontade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A moradia é um direito necessário ao desenvolvimento do homem, pois as pessoas que possuem uma casa para viver dignamente conseguem desenvolver mais facilmente suas potencialidades, aptidões e ser mais felizes. A moradia é, portanto, um direito fundamental de um Estado Democrático de Direito, conforme contemplado no artigo 6º da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000.

O direito social à moradia tem como núcleo básico o direito de viver com dignidade, paz e segurança. Desse modo, é norma dotada de eficácia normativa vinculante, assim como os demais textos da Constituição. Ademais, por sua importância fundamental, faz parte no núcleo petrificado da Constituição, não podendo ser excluída nem por emenda.

Nesse diapasão, é notório que o instituto do bem de família possui um caráter social essencial à estabilidade do Estado, uma vez que protege a pessoa, a unidade familiar e uma das necessidades fundamentais do homem – a residência. Nesse contexto, há de se relacionar o direito à moradia com os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, assim como aos direitos à propriedade imobiliária e à liberdade.

A proteção do bem de família é almejada pela humanidade desde o Direito Romano, passando pelo antecedente mais importante – o ano de 1839, nos Estados Unidos, quando o instituto foi efetivamente criado. No Brasil, o bem de família foi inserido no Código Civil de 1916, após recebeu especialização por meio da Lei n. 8.009/80 e confirmação do Novo Código Civil de 2002.

O tema se mostrou conflitante quando a Lei n. 8.245/91, que inseriu o inciso VII, ao artigo 3º, da Lei n. 8.009/90, passou a permitir a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação. Em razão dessa alteração legislativa, a doutrina e a jurisprudência se

dividiram quanto à constitucionalidade do referido dispositivo, que afetaria o direito constitucional à moradia e os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A questão foi fortemente debatida no Supremo Tribunal Federal nos anos de 2005 e 2006, findando com a decisão proferida pelo Pleno, em fevereiro de 2006, no sentido de que o bem de família do fiador em contrato de locação é penhorável, conforme excepciona o artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, e que tal exceção não violaria o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição. Portanto, a questão tornou-se pacificada pelo voto da maioria dos ministros da Corte Suprema, e vem sendo replicada em todos os tribunais brasileiros.

Desse modo, a essência deste trabalho é analisar os votos dos ministros da Corte Suprema no julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP, mormente sobre os aspectos que levaram ao entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, ou seja, buscaremos expor os fatores determinantes de se privilegiar o direito à moradia em um mercado imobiliário de locações em relação do direito à moradia do fiador do contrato de locação. Enfim, o objetivo é demonstrar que o direito à moradia pode abarcar diferentes entendimentos quanto à sua proteção, aplicabilidade e efetividade, podendo estar coadunado com a autonomia da vontade, a livre iniciativa, o desenvolvimento do mercado imobiliário, a isonomia e a dignidade da pessoa humana.

1. O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

O bem de família é um instituto que tem o escopo de proteger a residência, e os móveis não suntuosos¹ que a guarnecem, contra constrições decorrentes de dívidas contraídas por seu proprietário ou possuidor. Nos dizeres de Álvaro Villaça de Azevedo², é o imóvel

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 116.511/SP*. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 27.08.2002. DJ 07.10.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167.

residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal”.

Contudo, vale ressaltar que o fato do imóvel dever ser residencial próprio do casal ou da entidade familiar, não impede que seja de propriedade de um dos cônjuges, ou mesmo de companheiros, ou de um dos companheiros, ou que a pessoa seja solteira³ ou viúva⁴. Enfim, o instituto do bem de família, em uma visão civil constitucional, visa a proteção da pessoa.

1.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO

A preocupação com a proteção da habitação nos remete ao Direito Romano, que embora não tivesse criado tecnicamente o instituto do bem de família, proibía a alienação do patrimônio familiar, com o objetivo de defender a família e perpetuar os bens dos antepassados, estes considerados sagrados.⁵

No ano de 1839, na então República do Texas, ainda não incorporada aos Estados Unidos da América, encontramos o antecedente histórico mais importante do bem de família, que foi criado em decorrência da grande crise econômica ocorrida nos Estados Unidos entre os anos de 1837 a 1839, que ocasionou a penhora em massa dos bens dos devedores americanos.

Desse modo, a República do Texas, com o objetivo de povoar e desenvolver o seu território, que tinha poucos habitantes, aproveitou a crise americana e criou uma lei – o *Homestead Exemption Act*, que garantia a impenhorabilidade de certas terras do seu território,

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 450.989/RJ*. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU 13.04.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 420.086/SP*. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 27.08.2002. DJ 07.10.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 19-20.

com o objetivo de proteger as famílias nele radicadas. Nesse contexto, cada família podia possuir, livre de execuções, uma porção de terra rural (50 hectares) ou um terreno urbano no valor não superior a 500 dólares. Assim, surge o *homestead*, que significa local do lar, em defesa da pequena propriedade.

Com a anexação da República do Texas aos Estados Unidos da América, ocorrida em 1845, o *homestead* foi implantado em outros Estados do território norte americano.⁶

O bem de família passou a ser tratado no Brasil no Código Civil de 1916, porém, não produziu o efeito pretendido, pois estabeleceu que essa proteção dada ao bem só poderia ocorrer de modo voluntário. Assim, sua existência dependia da manifestação de vontade do proprietário do imóvel, sendo necessário, para a sua instituição, haver escritura transcrita no registro de imóveis. Por consequência, se o proprietário não tomasse essas providências, não haveria a proteção do bem de família sobre sua casa. Além disso, haviam requisitos a serem preenchidos, como que os instituidores no ato da instituição não tivessem dívidas e que o instituto só duraria enquanto vivessem os cônjuges e até que os filhos completassem a maioridade.

Dessa maneira, para que ocorresse a efetivação do bem de família seria necessário mudar sua previsão legal. Nesse contexto, foi criada a Lei n. 8.009/90, que instituiu o bem de família legal, ou seja, aquele que independe de manifestação de vontade para ser efetivado. Assim, não mais se exige formalidades para a sua instituição, embora, ressalte-se, que ainda exista a previsão do bem de família voluntário no Código Civil de 2002. Portanto, o bem de bem de família é norma de ordem pública⁷, com o objetivo de proteção patrimonial da casa de todas as pessoas.⁸

⁶ AZEVEDO, op. cit., p. 24-30.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 222.823/SP*. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 07.04.1999. DJ 31.05.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

⁸ Idem. *REsp n. 450.989/RJ*. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU 13.04.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

1.2. EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

A impenhorabilidade do bem de família significa que o imóvel residencial não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza. Desse modo, a execução de dívidas só pode se dar sobre outros bens do devedor. Contudo, há exceções a essa impenhorabilidade, previstas no artigo 3º da Lei n. 8.009/90.

A redação original do referido artigo previa a penhora do único imóvel residencial nos seguintes casos: a) crédito dos trabalhadores da própria residência; b) financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel; c) pensão alimentícia; d) impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições em função do imóvel; e) execução de hipoteca; f) ter sido o imóvel adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Em 1991, com a criação da Lei n. 8.245, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos, foi acrescentado o inciso VII ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90, excepcionando a impenhorabilidade do bem de família também para o fiador do contrato de locação residencial.

Desse modo, a partir de então, vindo o fiador a ser demandado em razão da dívida locatícia não paga pelo locatário, em não tendo recursos financeiros ou outros bens para dispor, terá que adimplir o débito por meio de sua única casa.

Essa é a questão que se apresenta nesse trabalho: a penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação, que analisaremos à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP, que teve como núcleo decisório o direito à moradia.

2. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 407.688/SP

Um casal de São Paulo, ao ter sua casa penhorada para pagamento de dívida contraída por meio de fiança em contrato de locação, recorreu ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, *a*, da Constituição Federal⁹.

Art. 102. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição.

Nesse recurso extraordinário, de n. 352940-4, o casal sustentou que a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação violaria o artigo 6º da Constituição Federal, que, por ser dotado de eficácia normativa vinculante, asseguraria o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/90, com redação dada pela Lei n. 8.245/91.

No julgamento, que ocorreu em 25/4/2005, o relator ministro Carlos Velloso entendeu que a norma do artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/90 seria inconstitucional, pois feria o direito fundamental à moradia.

Em decorrência da prolação desta decisão abriu-se um precedente para tornar impenhorável o imóvel bem de família do fiador em contrato de locação. Tanto foi assim que, pautados nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentaram suas decisões nesse mesmo sentido.

Observe-se:

Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto a Lei

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 3 abr. 2013.

8.009/90, art. 3º, VII, não foi recepcionado pelo artigo 6º da CF (com redação dada pela EC 26/00).¹⁰
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE MORADA DOS FIADORES. DIREITO IRRENUNCIÁVEL. PROVIMENTO DO RECURSO PARA IMPEDIR EVENTUAL PENHORA VENHA A RECAIR SOBRE O ÚNICO IMÓVEL DA FIADORA.¹¹

Todavia, em razão da repercussão que causou o julgamento do recurso extraordinário acima citado, o plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu para julgar outra ação sobre o mesmo tema, agora constante do recurso extraordinário n. 407.688/SP¹². Assim, em fevereiro de 2006, por maioria dos votos, foi modificada a decisão anteriormente prolatada pelo ministro Carlos Velloso. Assim, por sete votos a três, foi reafirmada a posição da lei, que admite a penhora do imóvel residencial do fiador na locação. Acompanharam o voto do ministro relator Cezar Peluzo os ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Vencidos os ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

Destarte, a controvérsia cingiu-se em saber se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persistia com o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais. Desse modo, o foco da discussão no Supremo foi o direito à moradia, abordado em diferentes enfoques, e, conseqüentemente, os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade e à propriedade.

A seguir serão abordadas as questões debatidas no julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 699.837/RS*. Relator Felix Fischer. Julgado em 20.7.2005. DJ 2.8.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012. Observação: Também nesse sentido: REsp n. 631.262/MG e REsp n. 745.161/SP.

¹¹Idem. TJSP. 34ª Câmara Cível. *Apelação. 856.276-0/5*. Relatora Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery. Julgado em 5.4.2005. DJ 27.4.2005. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

¹²Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 407.688/SP*. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ 8.2.2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 20 ago. 2012.

2.1. O DIREITO À MORADIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O legislador constituinte estabeleceu no Título II da Constituição cinco espécies de direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais (artigos 6º ao 11), direitos de nacionalidade (artigo 12 e 13), direitos políticos (artigos 14 a 16), e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (artigo 17).

Os direitos fundamentais são essenciais a um Estado Democrático de Direito, tanto que são citadas, como suas características a inalienabilidade (são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial), a imprescritibilidade (são direitos que nunca deixam de ser exigíveis) e a irrenunciabilidade (são direitos que podem até não ser exercidos, mas não se admite que sejam renunciados).¹³

O direito à moradia é um direito social fundamental que foi acrescentado ao artigo 6º da Constituição por meio da Emenda Constitucional n. 26, de fevereiro de 2000, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, 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 Constituição¹⁴.

Desse modo, sendo o direito à moradia um dos direitos fundamentais do homem, possui a característica de verdadeira liberdade positiva, ou seja, trata-se de “observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.”¹⁵

O direito à moradia é reconhecido em diversas declarações e tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Portanto, é um direito constitucional-

¹³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 181.

¹⁴BRASIL, Op. cit., *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹⁵MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

mente previsto, uma vez que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, nas condições previstas no artigo 5º, §3º da Constituição, são equivalentes às emendas constitucionais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁶ de 1948 (Artigo XXV, item I) dispõe que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure saúde e bem estar, em especial a moradia:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

As disposições do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (Artigo XI, item D), promulgado no Brasil pelo Decreto n. 591/92¹⁷, reconhecem o direito fundamental de toda pessoa ter uma moradia adequada e de estar protegida contra despejos forçados:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

De acordo com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (Artigo XVII), promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592/92¹⁸:

Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

¹⁶ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 3 abr. 2013.

¹⁷BRASIL. Decreto n. 591, de 6 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 3 abr. 2013.

¹⁸Idem. Decreto n. 592, de 6 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 3 abr. 2013.

O Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos (Protocolo de Washington), promulgado no Brasil pelo Decreto n. 2760/98¹⁹, dispõe o seguinte no art. XXXIV, k):

Os Estados-membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição eqüitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas: k) Habitação adequada para todos os setores da população.

A Declaração sobre Assentamentos Humanos (Agenda Habitat II)²⁰, ocorrida em junho de 1996 em Istambul, estabeleceu as diretrizes políticas e compromissos dos governos no sentido de melhorar as condições de moradia nas áreas urbanas e rurais, além da realização do direito a uma habitação adequada, conforme pode-se observar no item 8:

Reafirmamos nosso comprometimento com a realização progressiva e completa do direito à moradia adequada, como previsto em instrumentos internacionais. Neste contexto, nós reconhecemos uma obrigação por parte dos governos de possibilitar às pessoas a obter abrigo e proteger e melhorar os lares e vizinhanças.

É importante ressaltar que foi em razão da Agenda Habitat II, ratificada pelo Brasil, que a Emenda Constitucional n. 26/2000 introduziu o direito à moradia no artigo 6º da Constituição.

Desse modo, sendo o direito à moradia tão proclamado e protegido por diversos diplomas internacionais, bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet²¹ que:

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.”

¹⁹BRASIL. Decreto n. 2.760, de 27 ago. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2760.htm>. Acesso em 3 abr. 2013.

²⁰CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Istambul sobre assentamentos humanos*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em 3 abr. 2013.

²¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63.

Desse modo, todos os órgãos constitucionais têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais, pois quando o Estado se desvia deste objetivo está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.²²

A moradia é elemento essencial ao desenvolvimento da personalidade humana, pois todo o indivíduo precisa delimitar um espaço de ocupação que lhe possa servir de referência a própria identidade.²³ Ou seja, a moradia é bem indispensável à promoção da vida digna, pois “a dignidade, segurança e paz dependem da garantia na ordem jurídica brasileira do cumprimento dos componentes do direito à moradia, para que ela seja, de fato, adequada.”²⁴ Assim, “todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamentos, e outros tipo de ameaça).²⁵

Desse modo, o direito à moradia, assim como os demais direitos fundamentais, “constituem explicitações da dignidade da pessoa”²⁶, ou seja, “concretização do fundamento da dignidade da pessoa humana”²⁷, pois “os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.”²⁸ Do mesmo modo, “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos”²⁹.

²²CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 388.

²³SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro*. In: *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade*. Org. Gustavo Tepedino et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 77-98.

²⁴SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia Menezes. *Obstáculos e pressupostos para a garantia do direito humano à moradia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.polis.org.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

²⁵Ibidem.

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 89.

²⁷Idem. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 73.

²⁸Idem. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 89.

²⁹Ibidem, p. 91.

Assim, “o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais da Constituição”³⁰

O ministro Cezar Peluso, relator do recurso extraordinário n. 408.688/SP, decidiu no sentido de que, viabilizar a locação residencial é modo de se concretizar o direito fundamental à moradia. Segundo o ministro, os direitos sociais possuem duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. A dimensão objetiva diz respeito ao espaço essencial das pessoas, que “independe de sua justicialibilidade e exequibilidade imediatas”³¹ Contudo, a dimensão objetiva refere-se às prestações do Estado aos cidadãos. Desse modo, o Estado pode concretizar o exercício dos direitos sociais de várias formas, que dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional.

Para o ministro, o direito social à moradia não se confunde com o direito de ser proprietário de um imóvel, podendo ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante o reforço das garantias contratuais, pois a dificuldade de acesso ao mercado de locações prediais decorre, principalmente, da insuficiência de garantias por parte do candidato locatário.

O ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator, argumentou que há múltiplas formas de se executar o direito à moradia. Desse modo, não há um sistema constitucional no sentido de que o acesso à moradia esteja exclusivamente ligado ao direito de ser proprietário de um imóvel.

A ministra Ellen Gracie, no mesmo sentido, ponderou que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, que poderá ocorrer tanto pela propriedade quanto pelo

³⁰SARLET, op. cit., 2006, p. 73.

³¹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 446, C, I, e 447-448.

regime de locação.

Para o ministro Sepúlveda Pertence, a viabilização da locação residencial concretiza o direito à moradia. Ademais, se o a casa do fiador fosse impenhorável, tornar-se-ia ilusória a fiança prestada. Ou nos dizeres do ministro Cezar Peluso, o fiador seria um fraudador, pois declararia que poderia garantir quando não teria nada para cumprir com a obrigação avençada.

Segundo o ministro Nelson Jobim, a ineficácia da fiança, contida no artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/90, tornaria impossível a locação para as pessoas absolutamente necessitadas, ou seja, aquelas que não podem recorrer a outros tipos de garantia, como a fiança bancária, inacessível, conforme voto do ministro Sepúlveda Pertence, à grande massa daqueles que não tem como realizar o seu direito à moradia senão mediante locação.

Por fim, o ministro Marco Aurélio alegou que o artigo 6º da Constituição refere-se à moradia e não à propriedade, pois é possível ter moradia por meio de contrato de locação.

Vale, aqui, citar o posicionamento de dois ilustres juristas professores da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, externados à época da entrada em vigor do inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90. O professor Sylvio Capanema³² entende a exceção trazida pela Lei n. 8.009/90 era uma necessidade do mercado, “pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, já que raramente o candidato à locação conseguia um fiador que tivesse, em seu patrimônio, mais de um móvel residencial”. O professor Nagib Slaib Filho³³ diz que “a norma em exame é necessária e elogiável, pois era muito difícil ao inquilino obter fiador que tivesse mais de um imóvel para dar em garantia, eis que o imóvel em que residia era impenhorável e, assim, praticamente representava bem *extra commercium*”.

Em sentido contrário, em defesa impenhorabilidade do bem de família do locador de

³²SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 357.

³³SLAIB FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 519.

contrato de locação, o ministro Eros Grau fundamentou seu voto no sentido de que há poucos proprietários e que a norma restritiva do artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/90 não melhorará a questão da moradia, pois é preciso superar problemas que são da estrutura social do país, caso em que devem haver políticas públicas que proporcionem o acesso à moradia por meio da propriedade e do mercado imobiliário. Ademais, deve-se proteger o indivíduo que já adquiriu um local para morar e viver com dignidade.

O ministro Carlos Brito asseverou que aquele que conseguiu adquirir a casa própria recebeu um reforço da Constituição e, portanto, não poderia perder esse direito nem por vontade própria.

O ministro Celso de Mello fundamentou que o direito à moradia, um dos direitos sociais mais expressivos e inerente a todos, foi uma conquista internacional que o Brasil aderiu.

Segundo observa Sérgio Iglesias Nunes de Souza³⁴, citado pelo ministro, a:

[...] Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia [...]

Desse modo, em prol da dignidade da pessoa humana, são cabíveis interpretações no sentido de proteger um direito tão essencial como a moradia, para que a única casa seja do indivíduo seja intangível, pois é necessário, nos dizeres de Luiz Edson Fachin³⁵, que seja assegurado um patrimônio mínimo para que as pessoas vivam dignamente. Destarte, não poderiam haver restrições que frustrassem a subsistência digna das pessoas, como espaço doméstico.

³⁴SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 348.

³⁵FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

2.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Pelo princípio da isonomia, todos os cidadãos têm o direito de receber o mesmo tratamento quando encontram-se em situações idênticas. Do mesmo modo, as leis devem ser aplicadas de maneira igualitária. Dessa maneira, nos dizeres de Ingo Sarlet³⁶,

(...) caso o Estado tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas tanto as desigualdades quanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, (...) o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houve um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social.

Vale também salientar que, como bem expõe José Joaquim Canotilho³⁷:

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos.(...) Exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.

Dessa maneira, faz-se necessária uma análise da existência ou não de tratamento arbitrário à luz do caso concreto.³⁸

Para o ministro Celso de Melo, o artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, violou o princípio da isonomia, pois se tratou desigualmente situações iguais, ou seja, o bem de família do locatário, que é o devedor principal, é inatingível, enquanto que o bem de família do fiador responde pela dívida locatícia.

Todavia, acompanhado pela maioria dos ministros, o relator Cezar Peluso decidiu que não houve violação ao princípio da isonomia porque as situações de locatário e fiador são diversas. Desse modo, a penhorabilidade do bem de família do fiador protege o direito à

³⁶SARLET, op. cit., 2006, p. 275.

³⁷CANOTILHO, op. cit. p. 425.

³⁸SARLET, op. cit., 2006, p. 276.

moradia e não qualquer direito de crédito. Ademais, ao se mitigar essa garantia, haveria um rompimento do equilíbrio do mercado, o que traria, a reboque, a exigência de garantias mais custosas, que a grande maioria dos locatários residenciais não poderia arcar. Destarte, haveria uma redução no campo de abrangência do direito à moradia.

2.3. AUTONOMIA DA VONTADE

A Constituição Federal protege a autonomia da vontade, tanto que se observa a livre iniciativa e a concorrência como princípios da atividade econômica (artigo 170, *caput* e IV).

Desse modo, percebe-se que por um lado a Constituição protege os direitos sociais (como o direito à moradia), mas por outro não abre mão do regime capitalista. Assim, “a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social”³⁹

Segundo a jurista lusitana Ana Prata⁴⁰, muito embora

[...] o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte, como corolário necessário, a autorização de realização de negócios jurídicos inerentes à actividade económica que no seu quadro se exerce, não pode o sujeito económico reivindicar para cada acto negocial a tutela que a Constituição estabelece para aquela actividade, unitariamente concebida. Actuando o sujeito na esfera económica – e a decisão de fazer ou não é livre – ele tem de subordinar-se aos condicionamentos dessa actuação, que lhe sejam impostos, e que podem consistir – e muitas vezes consistirão – na obrigação de realizar dados negócios, de não realizar, de os celebrar com dado conteúdo ou dada forma.

De igual modo, “a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça

³⁹SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. In: Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 212.

⁴⁰PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia da vontade privada*. Coimbra: Almeidina, 1982. p. 199.

distributiva.”⁴¹

Em seu voto, o ministro Cezar Peluso ponderou que os proprietários aceitam ser fiadores livre e espontâneamente, ou seja, não é uma obrigação que o Estado lhes opõe. Assim, feita a opção pela fiança, o fiador deve arcar com a responsabilidade do contrato avençado.

O ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto do relator Cezar Peluso, entende que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas. Contudo, com parcimônia, a depender do caso concreto. Isso para não comprimir em excesso a esfera de autonomia privada do indivíduo.

A professora Maria Celina Bodin de Moraes⁴², citada no voto de Joaquim Barbosa, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, observa que é necessário rever os conceitos jurídicos tradicionais,

[...] especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela de se harmonizar.

O princípio da autonomia privada, conforme voto do ministro Gilmar Mendes, que diz respeito a autodeterminação das pessoas, integra o direito da personalidade. Desse modo, a prestação de fiança é expressão do direito liberdade de contratação, caso em que o fiador onera-se por livre opção, sabendo que seu único imóvel garantirá a dívida locatícia de terceiro. Assim, como não há direito fundamental absoluto, na ponderação entre o direito à moradia e o direito à livre contratação, houve opção do fiador por abrir mão daquele.

⁴¹FACHIN, op. cit., p. 181.

⁴²MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, 1991. v.1.

CONCLUSÃO

O direito à moradia é direito humano fundamental e cláusula pétrea, logo, possui a prerrogativa da intangibilidade. Desse modo, tanto emenda à Constituição quanto lei que afetarem, abolirem ou suprimirem este direito, estarão eivadas de grave vício, e como tal, deverão ser declaradas inconstitucionais pelos juízes e tribunais.

Ao se observar o voto do ministro relator Carlos Velloso no julgamento do recurso extraordinário n. 352.940-4/SP, de abril de 2005, que julgou inconstitucional o inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90, ou seja, pela impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação, nota-se que foi baseado nos seguintes aspectos: não houve recepção do inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90 pelo artigo 6º da Constituição, pois houve violação ao direito à moradia, acrescido ao texto constitucional pela Emenda n. 26/2000. Desse modo, o direito à moradia do fiador deve ser protegido, já que encontra garantia na Constituição. Além disso, o inciso VII do referido artigo feriu o princípio da isonomia, uma vez que houve distinção de tratamento entre iguais – locatário e fiador –, ou seja, o fiador não possui a proteção de ter sua casa (bem de família), enquanto o locatário sim.

Em sentido contrário, no julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP, decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, o entendimento foi pela constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90. Nesse julgamento, observa-se que foram abordadas as seguintes questões: embora o direito à moradia seja um direito à prestação, por depender da efetiva atividade dos poderes públicos, possui eficácia normativa vinculante, assim como os demais textos constitucionais; também, na visão de um direito civil constitucional, o direito à moradia deve ser observado nas relações privadas, com base na sua eficácia horizontal. Desse modo, não haveria se falar em violação da Emenda Constitucional n. 26/2000, pois o direito social à moradia não se confunde com direito de ser

proprietário de imóvel. Ademais, o imóvel dado em garantia incrementa o mercado imobiliário para fins de locação, pois a falta de garantias exigíveis pelos locadores tem trazido retração e dificuldade às locações prediais.

Também, pelo voto da maioria, entendeu-se que o artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 não feriu o princípio da isonomia, pois, por via oblíqua, a penhorabilidade do bem de família do fiador também visa proteger o direito à moradia, ou seja, o direito inerente à condição de locador, e não um qualquer direito de crédito. Além disso, se o proprietário do imóvel, por disposição de vontade, decide renunciar à proteção que a lei lhe confere ao aceitar ser fiador de uma locação, não pode, por outro lado, fazer uso da previsão constitucional do direito de propriedade para se beneficiar com a impenhorabilidade. Assim, quem dá um imóvel em fiança para locação, sabe que está renunciando à proteção da lei e o faz porque quer. Assim, a inclusão do direito à moradia pela Emenda Constitucional n. 26 no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição não acarretaria mudança na legislação acerca da impenhorabilidade.

A Constituição incentiva a força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas também que não foge à sua responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isto se faça necessário, para a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social, pois o Estado deve não apenas zelar pelo bom funcionamento dos mercados, mas também corrigir seus rumos com base nos valores preconizados pela própria Constituição.

Desse modo, o principal argumento trazido à baila no julgamento do recurso extraordinário n. 407.688/SP foi a defesa do direito à moradia – direito indispensável à promoção da vida digna. Nesse sentido, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese de que haverá mais proteção deste direito se o inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90 permanecer constitucional, pois teve por objetivo a proteção do direito fundamental à moradia, o que permitirá que mais pessoas tenham acesso a esse direito, pois mais imóveis

serão alugados. Ademais, o número de locadores e locatários é maior do que o de fiadores, razão pela qual o direito à moradia alcançará maior quantidade de beneficiários. Também, o direito social à moradia não se confunde com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel, podendo, desse modo, ser usado como garantia ao estímulo e ao incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional.

Destarte, no debate sobre a eficácia do direito à moradia dos locatários e dos fiadores de contrato de locação, prevaleceu o entendimento de que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90, que prevê a penhora da casa do fiador para fins de adimplemento da dívida locatícia, é constitucional, pois protege a residência de maior número de pessoas e, portanto, não viola o artigo 6º da Constituição.

Enfim, em que pese ainda existir entendimento em sentido contrário na doutrina, os tribunais brasileiros julgam pacificamente nos termos da decisão proferida no recurso extraordinário n. 407.688/SP, e todas as demandas que ainda buscaram alcançar a impenhorabilidade do imóvel do fiador, receberam no Supremo Tribunal Federal a mesma decisão proferida em 2006, qual seja, que o artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 é constitucional.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

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

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. In: Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia Menezes. *Obstáculos e pressupostos para a garantia do direito humano à moradia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.polis.org.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro*. In: Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade. Org. Gustavo Tepedino *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.