



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
DIREITO CONSTITUCIONAL

CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES

**DIREITO FUNDAMENTAL À  
MORADIA E A PENHORABILIDADE  
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

Brasília – DF

2007

CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES

**DIREITO FUNDAMENTAL À  
MORADIA E A PENHORABILIDADE  
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília – DF

2007

## RESUMO

O trabalho teve como objeto a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, que cuida da penhora do bem de família do fiador que prestou fiança em um contrato de locação, tendo em vista a alteração no artigo 6º da Constituição Federal, que passou a incluir entre os direitos fundamentais “a moradia”.

Foi abordada, inicialmente, a questão dos direitos fundamentais do homem na Constituição Federal, com especial ênfase aos direitos sociais, entre eles o direito à moradia, a nova doutrina a respeito de contratos e a sua função social, além da evolução jurisprudencial do tema, incluindo jurisprudência de alguns Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à Suprema Corte, será tratado, em especial, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, em sessão plenária de 8 de fevereiro de 2006, que declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

Ao final, foram apresentadas críticas à opção política da Corte Constitucional, com apresentação dos argumentos pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, além de propostas para solução para o problema político do mercado imobiliário.

## ABSTRACT

The object of the monograph is the discussion of the constitutionality of the article 3rd, VII, of the Law n° 8009/90 (that involves the distraintment of the bailer's homestead that was given as a bail on a rent contract) especially with the new text of the article 6th of the Federal Constitution that included "housing" as a fundamental right.

Initially, the matter of the fundamental rights in the Federal Constitution was discussed with emphasis in the social rights. Among them, the right to proper housing, the new doctrine concerning the contracts and its social function, and also the jurisprudential evolution of the subject, including the jurisprudence of State Court, the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court.

The trial of the Appeal (RE) n° 407.688-8 at the Supreme Court, on February 8th, 2006, when the judges declared the constitutionality of the article 3rd, VII, of the Law n° 8009/90 was specially discussed.

Finally, the political option of the Supreme Court was criticized by arguments that defended the unconstitutionality of the device. Proposals for the solution of the real state market problem were also presented.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	6
2. Direitos Fundamentais.....	8
2.1 Conceito.....	8
2.2 Eficácia normativa vinculante.....	9
3. Dos Direitos Sociais.....	16
3.1 Do Direito à Moradia.....	17
4. Fiança em contratos de locação.....	20
4.1 Bem de Família.....	20
4.2 Função Social do Contrato de Locação .....	21
5. Evolução Jurisprudencial .....	24
6. Argumentos a Favor da Impenhorabilidade .....	37
7. Considerações Finais .....	46
8. Referências Bibliográficas .....	47

## 1. INTRODUÇÃO

O bem de família é um instituto que visa à proteção da residência familiar, do lar, contra as variações na sua situação econômica, instabilidades muitas vezes criadas pelo próprio sistema financeiro, sem possibilidade de imputação de culpa a qualquer dos seus membros.

A entidade familiar, que é a base da sociedade e do Estado, recebeu especial proteção pelo legislador, em observância ao princípio da tutela dos direitos da personalidade.

Contudo, esta proteção não é absoluta.

Algumas exceções permitem que o único imóvel residencial seja penhorado, como no caso de créditos de trabalhadores da própria residência e respectivas contribuições previdenciárias; do titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos oriundos do contrato; do credor de prestação alimentícia; para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas pelo imóvel familiar; para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; de ter sido adquirido como produto de crime ou para execução de sentença criminal condenatória, a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e, por fim, no caso de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.<sup>1</sup>

O presente trabalho tem como objeto a discussão acerca da constitucionalidade da última das hipóteses apresentadas, ou seja, a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador que prestou fiança em um contrato de locação, tendo em vista a alteração no artigo 6º da Constituição Federal, que passou a incluir entre os direitos fundamentais “a moradia”.

Para isso será abordada, inicialmente, a questão dos direitos fundamentais do homem na Constituição Federal, com especial ênfase aos direitos sociais, entre eles o direito à moradia, a nova doutrina a respeito de contratos e a sua função social, além da evolução jurisprudencial do tema, incluindo jurisprudência de alguns Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Exceções previstas no artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

Em relação à Suprema Corte, será tratado, em especial, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, em sessão plenária de 8 de fevereiro de 2006, que declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

Ao final, serão expostos os argumentos dos Ministros e de doutrinadores favoráveis e contrários a esta tese e apresentada a conclusão do estudo.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito

Para José Afonso da Silva<sup>2</sup>, a expressão **direitos fundamentais do homem** refere-se a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

O autor enumera as seguintes características dos direitos fundamentais:

1. historicidade: significa que, como qualquer direito, eles nascem em dado momento histórico, modificam-se e com o tempo desaparecem;
2. inalienabilidade: são intransferíveis, inegociáveis, porquanto não têm conteúdo econômico-patrimonial;
3. imprescritibilidade: os direitos fundamentais nunca deixam de ser exigíveis;
4. irrenunciabilidade: não podem ser renunciados, apesar de alguns poderem até não serem exercidos.

Além das características já enumeradas, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>3</sup> ainda inclui a “constitucionalização”, por estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica, a “vinculação ao poder público”, pois os fato de estarem previstos na Constituição os tornaria parâmetro de organização e de limitação dos poderes do Estado; e, por fim, a “aplicabilidade imediata”, não dependendo da atuação do legislador para produzir efeitos.

O professor, esclarecendo a importância de tais direitos para a sociedade, e não só para os indivíduos, também ensina que “os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004), São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

<sup>3</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.



aferição do grau de democracia de uma sociedade” e que a sociedade democrática é condição para a eficácia dos direitos fundamentais. Concluindo que “direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político”.

Assim, permitir a restrição de tais direitos, seja no texto constitucional, seja na própria aplicação prática, significaria um retrocesso na consolidação da democracia no país. Por isso, é importante cuidar para que tais direitos não sejam aos poucos “esvaziados”, como pode estar começando a acontecer com o direito à moradia.

## 2.1 Eficácia normativa

Depois de explicitadas tantas características, verifica-se que o direito constitucional afeta e é afetado por aspectos da vida política, econômica e social das relações atuais, mudando conforme a sociedade e o Estado evoluem.

Conforme ensina a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>4</sup>, “a Constituição tem alma de Direito e forma de Lei, formulando-se como seu coração — órgão dominante e diretor de suas ações — os direitos fundamentais do homem”.

A positivação jurídica dos direitos humanos aconteceu gradualmente, por isso a divisão doutrinária em “gerações de direitos fundamentais”.

O homem começou a buscar mais liberdade dentro do convívio social, e a primeira fase de geração dos direitos fundamentais começou com as idéias iluministas que passaram a ser aceitas pelo Estado Moderno. Assim, foram criadas a Constituição escrita, impressa e democraticamente divulgada entre os cidadãos.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 introduziu a declaração de direitos fundamentais individuais no corpo permanente de suas normas, como parte nuclear do seu sistema.

Sobre tal Carta Constitucional, o prof. Pimenta Bueno ensinava que:

---

<sup>4</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, “O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”, artigo publicado na Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91 e na Revista Trimestral de Direito Público, vol. 16, 1996, ps. 39 a 58.

os principais direitos individuais são, como o art. 179 da Constituição e seus parágrafos reconhecem, os de liberdade, igualdade, propriedade e segurança, mas não só cada um deles se divide em diversos ramos, mas também eles se combinam entre si, e formam outros direitos igualmente essenciais.<sup>5</sup>

Para ele, direitos sociais poderiam ser identificados no texto, como a liberdade de trabalho, o que, no futuro, seria tratado como uma nova geração de direitos.

Com a positivação da Constituição, foi criado o Estado de direito, liberal por influência da burguesia, para quem interessava o individualismo. Daí, conflitos surgiram no novo momento histórico e várias lutas sociais se travaram, dando origem aos direitos econômicos e sociais: direitos fundamentais de segunda geração.

Importante notar que uma geração de direitos não exclui ou substitui outra. Eles se somam, se estendem, não havendo antinomias, mas uma relação de complementariedade. Na verdade, a instrumentalização social assegura a eficácia dos direitos políticos, sendo que um não vive sem o outro.

Com a intenção de dar maior efetividade a tais normas, foi criada a teoria da "norma programática", que, segundo a Ministra Carmen Lúcia<sup>6</sup> ensina que é uma espécie de "limbo constitucional", no qual ficam as normas "contenedoras de expressões de direitos para as quais a impositividade do cumprimento ficava a depender de providências supervenientes, sem limite temporal para a sua adoção e sem sanção específica para o seu não-cumprimento."

E completa:

Cassava-se, por aquela teoria, a palavra de ordem pela conquista de direitos fundamentais: contemplados, tinha-se-os como conquistados, cessada, pois, a luta; sem eficácia plena, tinha-se-os como inaplicáveis até que se adotassem as medidas em cujos termos se conteriam a sua eficácia: estas, contudo, não vinham. Os direitos sociais de segunda geração passam a ser instrumentalizados constitucionalmente e tornam-se justiciáveis com as novas Constituições, adotadas em períodos mais recentes (e quase três quartos daquelas que hoje vigoram no mundo datam do período pós-68), fase considerada como uma etapa complementar necessária de sua conquista efetiva.

---

<sup>5</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 381.

<sup>6</sup> ROCHA, Carmén Lúcia Antunes, Op. Cit.

Mas a teoria das normas programáticas serão melhor estudadas a seguir.

Voltando à evolução dos direitos fundamentais: para completar a trilogia, foram criados nos anos 70 os direitos de terceira geração, que são os direitos de solidariedade social, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável, à informação e comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, também chamados de “novos direitos”.

Paulo Bonavides acrescenta, ainda, uma quarta geração de direitos, que compreenderia:

o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.<sup>7</sup>

Cabe ainda ressaltar que se direitos individuais diziam respeito a direitos que implicavam uma abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos e sociais e os novos direitos se referem a prestações a serem conferidas principalmente pelo Estado, embora também pela sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais podem ser<sup>8</sup>: expressos (art. 5º, I a LXXVIII); decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; ou decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.

E classificam-se em:

1. direitos individuais (art. 5º);
2. direitos à nacionalidade (art. 12);
3. direitos políticos (arts. 14 a 17);

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525

<sup>8</sup> Classificação do Prof. José Afonso da Silva.

4. direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.);
5. direitos coletivos (art. 5º);
6. direitos solidários (arts. 3º e 225)

No contexto dos direitos econômicos e sociais e dos novos direitos, a problemática da vigência ou eficácia jurídica, por um lado, e da efetividade ou da eficácia social da norma constitucional, por outro lado, cresce em importância.

A ordem jurídica caracteriza-se sobremaneira pela existência de normas genéricas e abstratas, embora possa haver normas individuais e concretas. A norma constitucional, por excelência, tende a apresentar um grau de generalidade e abstração superior ao das normas infraconstitucionais.

O que a norma constitucional tende a ganhar em generalidade e abstração, quando em comparação com as normas infraconstitucionais, tende a perder em densidade normativa. Em outros termos, a norma constitucional, por ser um comando mais genérico e abstrato do que aquele das normas infraconstitucionais, remete muitas vezes ou quase sempre à sua regulamentação através de normatividade infraconstitucional posterior, ou, em face da possibilidade de eventual recepção de norma infraconstitucional anterior, logicamente posterior.<sup>9</sup>

Sobre a necessidade da edição de leis que regulamentem os direitos fundamentais, o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup> afirma que “a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo

---

<sup>9</sup> CARRION, Eduardo K. M., A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, disponível em: [http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade_dos_direitos_fundamentais.pdf), acesso em 06/12/2006.

<sup>10</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, in Revista de Direito Público, n°s 57-58.

induidoso de sua significação, supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição”.

Noberto Bobbio também já observou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los”, “trata-se de um problema não filosófico, mas político”.<sup>11</sup>

Segundo o próprio texto constitucional, as normas constitucionais de direitos fundamentais são de aplicação imediata. O que não significa que são eficazes em sua plenitude, mas que a sua exigibilidade não pode diferir por alegações de condicionamentos a situações adotáveis apenas mediamente.

Como a questão da aplicabilidade de tais normas é tormentosa no direito constitucional, porque as disposições constitucionais são muito genéricas e incapazes de regularem uma matéria de forma uniforme, ameaçando, assim, a segurança jurídica, torna-se cada vez mais importante a interpretação constitucional. Isso porque cabe ao intérprete verificar a forma mais adequada para aplicação da norma, afastando, ao máximo, do arbítrio.

Em regra, as normas que dizem respeito a direitos fundamentais democráticos e individuais têm, na classificação de José Afonso da Silva, “eficácia contida”, ou seja, aquela que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a certa matéria, mas deixou margem para a atuação restritiva do poder público, e aplicabilidade imediata, enquanto os que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma norma integradora, são de “eficácia limitada”, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, porque só incidiriam totalmente sobre os interesses depois de criada outra norma que lhe desse aplicabilidade.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Noberto, A Era dos Direitos, p. 24.

Importante, ainda, que muitas destas normas são classificadas como “programáticas”, de aplicação diferida, que se destinam principalmente ao legislador, principalmente, pois não regulam diretamente interesses, limitando-se a traçar preceitos que devem ser cumpridos pelo Poder Público.

A eficácia imediata de qualquer direito fundamental, mesmo de aplicabilidade indireta, estabelece um dever para o legislador ordinário, de obedecê-lo; condiciona a criação de nova legislação; informa a concepção do Estado, inspirando sua ordem jurídica mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condiciona a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; cria situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

Assim, “negar qualquer aplicabilidade a um dispositivo constitucional significa, segundo esse entendimento, negar-lhe vigência, o que se traduz em um absurdo jurídico, pois a Constituição entra em vigor no dia em que é promulgada, e nenhum Poder pode afastar a sua vigência, seja total, seja parcial”.<sup>12</sup>

Mas tais normas também têm outros destinatários que não os legisladores, como os intérpretes da Constituição e mesmo os particulares em suas relações privadas. E em todos os planos, público ou privado, e tipos de relações, sejam verticais (entre o Estado e os particulares) ou horizontais (entre particulares), o princípio da máxima efetividade deve ser aplicado.

Segundo esta regra interpretativa, a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê o máximo de eficácia. É sabido que de uma mesma norma podem ser extraídas várias interpretações e é exatamente por isso que existe o referido princípio para guiar o intérprete, que muitas vezes é o juiz.

---

<sup>12</sup> AINA, Eliane Maria Barreiros, O Fiador e o Direito à Moradia, p. 81.

Nesse contexto, a jurisdição desempenha um papel significativo na questão da eficácia dos direitos fundamentais, que já é, em si, um direito fundamental expresso tanto no plano internacional (art. 10, da Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948) quanto no plano interno dos diferentes Estados (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República do Brasil).

Se não houver jurisdição constitucional eficiente todos os outros direitos fundamentais tornam-se vulneráveis e dependentes das eventuais condições das sociedades, dos governos e dos governantes.

Assim o Poder Judiciário passa a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, por isso se faz tão importante o estudo crítico da jurisprudência acerca dos seus temas e não a mera conformação com decisões dos Tribunais Superiores, como vem acontecendo com a maioria das questões relevantes levadas a julgamento.

O inconformismo de advogados, partes, juízes de primeiro grau já fez com que várias súmulas das mais altas cortes do país, além de outros entendimentos tidos por pacificados, fossem revisadas e muitas vezes canceladas, fazendo com que os Tribunais passassem uma “evolução jurisprudencial”. E tal “evolução” é importante não só para a solução dos casos concretos apresentados ao Judiciário, mas também para o aperfeiçoamento do próprio direito.

A seguir será apresentada a questão do direito à moradia, um dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, e as discussões sobre a sua eficácia e concretização, além de uma análise crítica do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

### 3. DOS DIREITOS SOCIAIS

A primeira grande questão acerca dos direitos sociais é se eles realmente seriam direitos fundamentais.

Parte da doutrina não os considera como tal, entendendo que se elevados a um patamar muito alto poderiam “abafar” de certa forma o princípio maior da liberdade, especialmente naqueles países onde a democracia ainda não se institucionalizou de forma mais concreta. Mas mesmo assim não deixam de observar a sua importância no meio dos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Outra questão frequentemente levantada é se os direitos sociais poderiam ser judicialmente demandados. A dúvida nasce quando se pensa em direitos cujo objeto seria impreciso e carente de regulamentação legislativa ou de implantação por políticas públicas.

A ampliação dos direitos fundamentais para incluir os direitos sociais, abarcando rol extremamente extenso de direitos, poderia também fazer com que eles perdessem muita da sua força, que fosse “banalizados”.<sup>13</sup>

A doutrina majoritária, entretanto, identifica nos direitos sociais os mesmos elementos dos direitos fundamentais, como o seu caráter de essencialidade, de inegociabilidade, de irrenunciabilidade, dentre outros.

Os direitos sociais, ou de segunda dimensão, confirmariam e dariam eficácia aos direitos de liberdade, principalmente pelo princípio da igualdade.

Alexy já ensinou que não basta a “liberdade”, é preciso haver a “liberdade fática”. Confira-se:

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert Teoria de los Derechos Fundamentales, p. 491



El argumento principal em favor de los derechos fundamentales sociales es um argumento de la libertad. Su ponto de partida son dos tesis.

La primera reza: la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor...

La segunda reza: bajo las condicionaes de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de um gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material em um 'ámbito vital dominado por ellos', sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, com ala reserva de algunas cualificaciones, puede estarse de acuerdo com esta tesis.<sup>14</sup>

Se não são garantidas as necessidades básicas de uma pessoa, ela fica enfraquecida na sua liberdade, sem motivação para reagir a ofensas aos seus direitos. Assim, um direito fundamental está intimamente ligado ao outro, e sem a conexão entre eles, nenhum será garantido.

Por isso, os direitos sociais devem ser sim considerados como direitos fundamentais, sendo merecedores de tratamento privilegiado no ordenamento jurídico, vinculando efetivamente tanto o legislador, quanto o aplicador da lei.

### 3.1 Direito à moradia

O direito à moradia somente foi reconhecido pelo Direito Brasileiro como um direito fundamental após a Emenda Constitucional nº 26, de 15/2/2000, em cuja solenidade de promulgação, o senador Mauro Miranda pronunciou discurso dizendo:

O Congresso Brasileiro está inserindo no texto da Constituição a esperança de que a moradia pode deixar de ser apenas um sonho para milhões de família brasileiras. São os excluídos sociais que não têm nenhum teto, dando números sombrios ao déficit de 5,2 milhões de unidades habitacionais, sendo que outras sete milhões de famílias vivem em palafitas, barracos de favelas, choupanas e outras formas precárias de abrigo. A emenda constitucional que hoje estamos aprovando é um grande passo a solução do problema endêmico da carência de moradias, que tem sido crescentemente agravado com as crises econômicas e com o desemprego. Contudo, essa mudança nas normas jurídicas do País só será uma solução definitiva se a sociedade assumir a consciência de que agora tem uma ferramenta para implementar uma cruzada nacional, um grande mutirão social, em benefício de políticas públicas, de programas específicos e de pesados recursos orçamentários para a moradia. O Congresso está dando o instrumento, e a sociedade, mobilizada por seus mais legítimos segmentos de ação e expressão, produzirá as pressões e os fatos.

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert Teoria de los Derechos Fundamentales, p. 487.

Mas no plano internacional, o referido direito já era assim reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Além do referido tratado internacional, outros documentos incorporaram a moradia no rol dos direitos humanos, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Agenda Habitat de 1996.<sup>15</sup>

O que seria, então, o direito à moradia?

Seria o direito de ter uma residência, seja casa ou apartamento, lugar para habitar. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Larousse, “moradia” é “lugar onde se mora; casa; habitação”.<sup>16</sup>

O direito fundamental à moradia não pode ser limitado a um espaço físico qualquer, exige-se, ainda, que ela seja digna e adequada, que tenha dimensões mínimas para a habitação familiar com higiene e conforto, que preserve a intimidade e a vida privada dos moradores.

Na classificação de José Afonso da Silva, o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, é um direito social.

O Ministro Celso de Mello afirma que “a Constituição brasileira, ao positivar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC nº 26, de 14/02/2000. Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161).”<sup>17</sup>

Como direito de segunda geração (que exigem uma conduta positiva por parte do Estado), o Estado teria o dever de proteger tal direito, que tem duas faces, uma negativa e uma positiva, ou seja, que a pessoa não pode ser privada de ter uma moradia, e que a moradia é um direito social.

A sua inclusão na Constituição Federal gera questões como: a da concretização e vinculação dos direitos sociais e a da fundamentalidade.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Aith, Fernando Mussa Abujamra, O Direito à Moradia Como um Direito Fundamental, Dissertação de Mestrado.

<sup>16</sup> Larousse Cultural, Dicionário da Língua Portuguesa, Editora Nova Cultural, São Paulo: 1992, p. 763.

<sup>17</sup> RE nº 407.688-8/SP

<sup>18</sup> Oliveira, Francisco Cardoso, Direito Social Fundamental à Moradia, Obrigações Propter Rem e os Encargos de Despesas de Condomínio, in Paraná Judiciário, vol. 55, jan/jun 2005.

Os direitos sociais, para serem implementados, pressupõem de uma prestação positiva do bem ou direito que constitui seu objeto, uma atuação efetiva do Estado e da sociedade e para serem efetivados exigem da jurisprudência compreensão dos efeitos do fenômeno jurídico na esfera econômica e social, pressupondo uma compreensão multidisciplinar do tema.

No julgamento do RE nº 407.688-8, em 8 de fevereiro de 2006, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, declarando constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou, em seu voto, que existe, na verdade, um embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

Segundo o mesmo Ministro, a questão posta no referido recurso extraordinário implica inicialmente saber se são impositivas ao cidadão comum, ou melhor, se são aplicáveis às relações privadas, com o mesmo peso e o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude da previsão, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais.

O Ministro entende que “em princípio e em certas circunstâncias, os direitos fundamentais se aplicam igualmente nas relações privadas”, mas pondera dizendo que o direito não é absoluto, que pode ceder em prol de outro direito fundamental, como no caso da moradia em relação ao direito à liberdade.

Como se verá adiante, alguns Ministros entenderam que o direito à liberdade não poderia prevalecer em relação ao da isonomia, além do direito à moradia.

O importante é fazer a ponderação com cuidado para não se desviar dos propósitos da Constituição Federal e do sistema normativo.

Para que o tema seja melhor entendido, algumas observações importantes vêm a seguir.

## 4. FIANÇA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO

### 4.1 Bem de Família

A definição do bem de família está presente no artigo 1.712 do Código Civil: “O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”.

E também no artigo 1º da Lei nº 8.009/90: “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer espécie de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei”.

A proteção do bem de família é legal e de ordem pública, dispensando sua instituição pelos membros da entidade familiar, podendo ter origem em um casamento, união estável ou comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§§ 2º, 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal).

O bem de família é impenhorável, mas em algumas situações a lei permite a sua penhora. Confrim-se:

- a) créditos de trabalhadores da própria residência e respectivas contribuições previdenciárias;
- b) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos oriundos do contrato;
- c) pelo credor de prestação alimentícia;
- d) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas pelo imóvel familiar;
- e) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- f) por ter sido adquirido como produto de crime ou para execução de sentença criminal condenatória, a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
- g) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A hipótese da alínea “g” corresponde ao inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90. Tal disposição foi acrescentada pelo artigo 82, da Lei nº 8.245/91, que é a Lei do Inquilinato, permitindo a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação.

#### 4.2 Função Social do Contrato de Locação

Importante anotar que o termo “contrato” passou a ter novo sentido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela qual passou-se a dar uma interpretação baseada na “função social dos contratos”, visando consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário, com uma roupagem adaptada à realidade contratual.

Foram adotados pelo Novo Código três princípios norteadores das alterações neste tema:

- a) Eticidade, que consiste na mitigação da formalidade e do tecnicismo, dando mais liberdade ao intérprete (este, guiado pela ética, moralidade, bons costumes e boa-fé objetiva);
- b) Socialidade, princípio que deve ser entendido como o abandono do individualismo para se chegar a uma visão mais social do contrato;
- c) Operabilidade, que informaria a atuação do juiz e do operador do direito perante o caso concreto, ante a facilitação da exegese e aplicação dos institutos previstos no Código.

Assim, a interpretação da inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos, pelo qual os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, o que constitui um regramento de ordem pública e com fundamento constitucional, o que pode ser retirado dos artigos 421 e 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil<sup>19</sup> e da tríade dignidade-solidariedade-igualdade.

---

<sup>19</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a

A função social dos contratos encontra fundamento na função social da propriedade, que deve ser concebida em sentido amplo - art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, III, todos da CF/88<sup>20</sup>. Ela também busca uma harmonização do direito civil com princípios do direito constitucional, como o da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, Gustavo Tepedino, na obra "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", ensina que novos parâmetros para a definição de ordem pública, com a visão do direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e, especialmente, "a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais".<sup>21</sup>

Nesse sentido, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 24 pelo qual: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

Uma interpretação sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador deve seguramente observar a nova função social dos contratos que mitiga a concepção de absoluta autonomia da vontade e também a previsão constitucional do direito à moradia na Constituição Federal.

---

vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>20</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

[...]

<sup>21</sup> in "Temas de Direito Civil", Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pág. 22.

Caso contrário, se estará privilegiando o individualismo, o formalismo e o tecnicismo exarcebados, em desfavor do trinômio “dignidade, solidariedade e igualdade” do Novo Direito Civil Brasileiro.

## 5. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Eis o novo texto do artigo 6º da Constituição:

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 Constituição.

Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 26, de 24.2.2000, que alterou a redação do artigo acima transcrito, incluindo entre os direitos sociais do cidadão “a moradia”, não era tranqüila na jurisprudência a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador.

Mas prevalecia o entendimento de que o bem poderia ser penhorado, dada a autorização legal.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. FIADOR. OBRIGAÇÃO RESULTANTE DE FIANÇA. LEI 8.245/91.

1. É válida a penhora do único bem do garantidor do contrato de locação posto que realizada na vigência da Lei 8.245/91, que introduziu, no seu art. 82, um novo caso de exclusão de impenhorabilidade do bem destinado à moradia da família, ainda sim quando a fiança fora prestada na vigência da Lei 8009/90.

3. Recurso provido.

(REsp nº 196452 / SP, Relator o Ministro **EDSON VIDIGAL**, DJU de 19.6.2000)

Após a alteração da referida regra constitucional, começaram a aumentar as divergências, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Alguns Ministros continuaram admitindo a penhora do bem de família do fiador:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. (...) LOCAÇÃO. Penhora. Bem de família. Incidência da constrição para garantir débitos decorrentes da fiança locatícia. **Admissibilidade.** Inteligência do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. (...) (Revista dos Tribunais, vol. 793, pág. 217).

Em alguns acórdãos, podem ser visualizadas as oscilações no entendimento dos Ministros com o surgimento do novo texto constitucional. Vejam-se, a seguir, dois acórdãos, da mesma 6ª Turma do STJ, em ambos o relator foi o Ministro Felix Fischer:

**A - RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA.**



IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. (...) II – Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é **impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação**, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000).

(REsp nº 745.161/SP, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJU 26.9.2005).

**B - CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE.**

**É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação**, em virtude da exceção legal do artigo 3º da Lei 8.009/90. (Precedente: RE nº 407.688, Pleno do STF, julgado em 8.2.2006, maioria, noticiado no informativo nº 416, acórdão pendente de publicação).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp nº 818.273/RS, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJU de 22/5/2006)

Já o Supremo Tribunal Federal, depois da alteração constitucional passou a entender que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 “não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, instituída pela Emenda nº 26/2000, em virtude da elevação da ”moradia” ao patamar de direito social, violando, portanto, sempre tendo, nem tão ao largo, o grave problema habitacional de milhões de pessoas no país.” (Agravo de Instrumento n. 481.519/SC, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 4.3.2004)

Em decisão monocrática, o **Ministro Carlos Mário Velloso**, no **RE nº 352.940-4/SP**<sup>22</sup>, decisão julgada em 25/4/2005, entendeu que:

A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI.

Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.’

<sup>22</sup> EMENTA:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE.

Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000.

Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido:

‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.’

Em trabalho doutrinário que escrevi – ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração e o direito social, que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família, a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, no inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família da Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 25 de abril de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator.

O mesmo Ministro, no julgamento da **Ação Cautelar nº 967-7** observou que a “Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º, da Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao artigo 3º, ressaltando a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000” (Ação Cautelar n. 967-7, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJU de 10.10.2005), de forma a não admitir a penhora do bem de família, na situação fática.

Em 30.8.2005, no **Recurso Extraordinário nº 395.323/SP**, no qual o relator Ministro CARLOS AYRES BRITTO, determinou-se o seu sobrestamento até o julgamento do

**Recurso Extraordinário nº 407.688**, em que se discutia a constitucionalidade do artigo VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

O referido recurso foi julgado pelo pleno do STF, em 8.2.2006, por maioria de votos, prevalecendo o voto do Relator, Ministro CEZAR PELUSO, no sentido de admitir a penhorabilidade do bem de família do fiador, porque, nas palavras do Ministro:

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, a qual, com a redação da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.

A regra constitucional enuncia *direito social*, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “*independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas*”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de *prestações aos cidadãos*, donde entrar na classe dos chamados “*direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos*”.<sup>1</sup>

Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina:

‘A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada.<sup>23</sup> Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos:

a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de *quotaparte*), em recursos naturais de domínio público.

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, p. 446, C, I, e 447-448.

Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.<sup>24</sup>

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no n° 2 do art. 65<sup>o24</sup>:

‘2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

(...)

**c) Estimular a construção privada**, com subordinação ao interesse geral, e o **acesso à habitação própria ou arrendada**’ (Grifei)

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel.

Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positividade e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3° inc. VII, da Lei n° 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

Daí, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6° da Constituição da República, em “*havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito*”,<sup>25</sup> porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não incidiria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie* concreta) é que se lhe não afeiçoaria ao modelo normativo (*fattispecie* abstrata).

Ou, noutros termos, a norma deveras comporta redução teleológica que, para acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa *hipótese de aplicação*, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador. A essa construção, no plano dogmático, corresponde o conceito puro de *declaração de nulidade, sem redução de texto*.<sup>26</sup> Mas não deixa de expressar também o *caráter negativo*

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 279.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 324.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. In.: MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 301.

da eficácia do direito social do fiador, visto como poder de defesa contra agressão a *posição jurídica* redutível ao seu âmbito de proteção.<sup>27</sup>

Mas não é caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo. Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas – a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou **JOSÉ EDUARDO FARIA**, “*os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatório*”.<sup>28</sup>

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

Os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, acompanharam tal entendimento.

Em resumo, os argumentos vencedores foram:

1. “São várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia” (Ministro Cezar Peluso);
2. “A expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito” (Ministro Cezar Peluso);
3. “o direito de moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. [...] o Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem

<sup>27</sup> CANOTILHO. Op. cit., p. 446.

<sup>28</sup> *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 278.

de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação” (Ministro Cezar Peluso); e

4. “Direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria” (Ministro Joaquim Barbosa).

Eis a ementa do julgado:

FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INC. VII, DA LEI Nº 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. VOTOS VENCIDOS.

A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Já o **voto que iniciou a divergência**, do Ministro Eros Grau, continha argumentos no sentido de que:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois - a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

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

**penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.**

Completa o Ministro:

“[...]o argumento centrado na afirmação do caráter programático do artigo 6º da CB não pode prosperar. Pois é certo que o legislador está vinculado pelos seus preceitos.

Ou seja, os textos da Constituição são dotados de **eficácia normativa vinculante**. E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão “normas programáticas”, que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos. Seguidamente pergunto-me por que terá sido esquecida a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que, em acórdão já de 29 janeiro de 1969, assumiu, em síntese, o seguinte entendimento:

a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa --- que levou à omissão do Legislativo --- vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição;

b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo.

Porque bastaria a omissão do Poder Legislativo, para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência.

Diria, quase finalizando, que este não é o momento adequado para um discurso sobre os diferentes graus de intensidade vinculativa das normas constitucionais, mas insisto neste ponto: a Constituição do Brasil vincula o legislador.

Os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica “constitucionalização do direito civil”. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina mais moderna de direito público é a produzida pelos civilistas... É certo, ademais, que não cabe, no caso, cogitarmos da chamada ‘reserva do possível’.

Mesmo porque aqui não há nenhuma prestação efetiva do Estado que dependa da disponibilidade de recursos materiais, para que o preceito constitucional possa ser efetivado.

Insisto na circunstância de que não houve a recepção, pela Emenda Constitucional n. 20, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade.

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

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.

Mesmo após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ainda encontramos acórdãos entendendo pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, no mesmo sentido dos votos vencidos.

Vejamos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. AFASTADA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO FIADOR. DÍVIDA ORIUNDA DE FIANÇA EM CONTRATO LOCATÍCIO. DIREITO À MORADIA. EMENDA CONSTITUCIONAL 26/2000. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

1 - EM QUE PESE NÃO TER PARTICIPADO DA AÇÃO DE DESPEJO, O FIADOR PODE SER EXECUTADO COM BASE NO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, OU SEJA, NO CONTRATO DE LOCAÇÃO.

2 - A EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 NÃO FOI RECEPCIONADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26/2000 QUE ELEVOU O DIREITO À MORADIA A DIREITO SOCIAL, RESGUARDANDO A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.

3 - A TAXA DE JUROS MORATÓRIOS PODE SER ESTIPULADA PELAS PARTES, LIMITADA AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1062 E 1262 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

4 - NO QUE SE REFERE À COBRANÇA DE DESPESAS COM TELEFONE, TAL OBRIGAÇÃO NÃO ENCONTRA AMPARO NO CONTRATO DE LOCAÇÃO, MOTIVO PELO QUAL NÃO PODE O EMBARGADO PLEITEAR EM NOME DE OUTREM O REFERIDO PAGAMENTO.

5 - A APLICAÇÃO DO ARTIGO 1531 DO CÓDIGO CIVIL (1916) PRESSUPÕE A INEQUÍVOCA DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CREDOR. SÚMULA 159, STF.

6 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA.”

(TJDFT, Apelação Cível nº 20010110310776APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 30/08/2006, DJ 07/12/2006 p. 183)

Do voto condutor, extrai-se:

Cuida-se aqui da análise da possibilidade de se penhorar o imóvel residencial (bem de família) do fiador em contrato de locação.

Em princípio, ante a literalidade conferida pelo art. 82 da Lei nº 8.245/91 ao art. 3º, inc. VII da Lei nº 8.009/90, excluído estaria do benefício da impenhorabilidade o imóvel do fiador levado à constrição judicial. Inclusive, este foi o entendimento explanado pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, que se manifestou, em apertada síntese, nos seguintes termos: “(...) não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia — o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou



*direito de ser proprietário de imóvel — pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores...”.*

Todavia, ante a inexistência de vinculação no controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mantenho o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 26/2000 inseriu explicitamente o direito à moradia na nova ordem constitucional, elevando-o a direito social que deve ser resguardado pelo Estado, o que legitima o entendimento de que são impenhoráveis o imóvel residencial do fiador e os bens móveis que o guarnecem, mesmo em virtude de contrato locatício.

Registre-se que foi esse o posicionamento dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, ao fundamento de que a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família não teria sido recepcionada pela Constituição Federal, o que evidencia que o posicionamento adotado pela excelsa Corte — a par de não se mostrar convincente —, ainda não é pacífico nem mesmo no âmbito daquele tribunal. Confira-se a decisão proferida pelo Ministro Carlos Veloso, no RE nº 352.940/SP (DJ 09/05/2005, pág. 106), a respeito do tema, *in verbis*:

A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: ‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.’ Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, a moradia do homem e sua família justificam a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC

26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família, Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.

Ademais, a obrigação no contrato de locação é solidária para devedor e fiador. Estando ambos na mesma situação, o tratamento a eles dispensado deve ser igualitário, o que não tem ocorrido em razão da Lei nº 8.009/90. Essa discrepância fere o princípio constitucional de igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Carta Magna, não podendo prevalecer, ainda mais quando, por norma constitucional posterior à lei, firmou-se o caráter social da moradia.

Nessa linha de pensamento, confira-se o seguinte aresto desta e. Turma julgadora:

CONSTITUCIONAL - CIVIL - PROCESSO CIVIL - PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL RESIDENCIAL DE FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVIMENTO DO AGRAVO.

1. COM A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE FEVEREIRO DE 2000, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INCLUINDO A MORADIA NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS, DERROGADO FICOU O INC. VII DO ART. 3º DA LEI 8.009/90, INTRODUZIDO PELO ART. 82 DA LEI 8.245/91, DAÍ RESULTANDO A IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DE IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DO FIADOR.

2. AGRAVO IMPROVIDO. (AGI 2000.00.2.003055-7, Rel. Des. ESTEVAM MAIA, DJ 07/02/2001, p. 32)

Registre-se ainda que a declaração de impenhorabilidade do bem imóvel do fiador não significa simplesmente isentá-lo do compromisso assumido perante o credor do afiançado, cujo débito poderá ser satisfeito de outras formas.”

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À ARREMATACÃO - FIANÇA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - CONSTRIÇÃO EM BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - MORADIA - DIREITO CONSTITUCIONAL.

**A exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90, constitui afronta à norma constitucional. Sendo assim, descabe autorizar a constrição do imóvel de família pertencente ao fiador do contrato locatício.**

(TJSC, Apelação Cível n. 2006.007602-1, Terceira Câmara de Direito Civil, votação unânime, Relatora a Des. Salette Silva Sommariva, julgado em 29/08/2006)

## I - RELATÓRIO:

[...]

## II - VOTO:

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, viabilizando a análise de mérito a seu respeito.

Cinge-se a controvérsia na possibilidade ou não de penhora do bem de família do fiador, decorrente de fiança prestada em contrato de locação.

Impende salientar que a Lei n. 8.009/90 nasceu para garantir aos cidadãos, ao menos, uma morada sem riscos de perda, prestigiando, assim, a segurança da entidade familiar.

Convém, por oportuno, destacar que a norma supramencionada identifica os que desse modo podem ser considerados:

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

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

No entanto, o art. 3º, inc. VII, da mesma Lei contém dispositivo relacionado aos contratos de locação, o qual é aplicável à demanda em apreço. Senão veja-se :

‘Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.’  
(grifo nosso)

A toda evidência, a alteração trazida pela Lei n. 8.245/91 acrescentou uma nova exceção à proteção concedida ao bem de família, passando-se a admitir a constrição do bem dado em garantia pelo fiador no pacto locatício, mesmo que se trate de imóvel destinado à sua residência ou de sua família.

Muito se discutiu acerca da constitucionalidade desta exceção. Este Tribunal, notadamente esta Câmara, firmou posicionamento no sentido de negar vigência à exceção prevista na lei.

‘APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONTRATO DE LOCAÇÃO - FIADOR - PENHORA RECAÍDA SOBRE O ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA MORADIA - EXEGESE DO ARTIGO 1º DA LEI N. 8.009/90 E ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO

Estando a moradia erigida a um direito fundamental a ser protegido, conforme preconizado no art. 6º da Carta Maior, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel pertencente ao fiador de contrato locatício quando único e utilizado pela entidade familiar para fim residencial’ (TJSC, AC n. 2004.010790-0, de Criciúma, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 20.04.2006).

‘CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL LASTREADA EM CONTRATO DE

LOCAÇÃO - PENHORA INCIDENTE SOBRE BEM IMÓVEL DOS FIADORES - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSCULPIDOS NA EMENDA N.º 26/00 SOBRE O DISPOSTO NO INCISO VII DO ART. 3º DA LEI 8.009/90 - DECISUM MONOCRÁTICO QUE TORNOU INEFICAZ A CONSTRIÇÃO - IRREPARABILIDADE ANTE O ACERTO - RECURSO DESPROVIDO

'Em atenção aos princípios constitucionais da isonomia, da proteção à moradia e da razoabilidade, é inaplicável o inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/90, não se admitindo que o garante do contrato locatício fique e/m situação extremamente mais onerosa do que a do devedor principal' (MS n.º 2003.026812-0, deste relator) (TJSC, AC n. 2003.019743-5, da Capital, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 31.10.2005).

Com efeito, assegurando a Constituição Federal o direito social à moradia (art. 6º), a lei que tenha como fundamento exatamente o esvaziamento desse direito, deve ser considerada inconstitucional. Ademais, a famigerada exceção à regra traz previsão desarrazoada e antiisonômica, ao reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do locatário, mas permitir a constrição do bem de família do fiador.

Desse modo, não tendo sido o art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, recepcionado pela nossa Constituição, a impenhorabilidade do bem de família também pode se estender aos fiadores em contrato de locação.

*In casu*, não restam dúvidas de se tratar de imóvel pertencente a fiador em contrato de locação. Porém, também é incontroverso ser o aludido bem a residência de família dos embargantes. Diante disso, deve-se reconhecer a impenhorabilidade do bem de família, haja vista a supremacia do direito constitucional à moradia.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

Vejamos, a seguir, outros argumentos lançados a favor da tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal, no julgamento pelo Pleno do STF.

## 6. ARGUMENTOS A FAVOR DA IMPENHORABILIDADE

Antes de qualquer juízo sobre a constitucionalidade do dispositivo legal, importante observar dois princípios constitucionais que se relacionam em tudo com o tema: o da isonomia e o da dignidade da pessoa humana.

O professor José Joaquim Gomes Canotilho<sup>29</sup> ensinou que “ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos.” Assim, o princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos e o princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: “para todos os indivíduos, com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”.

Difícil, contudo, vislumbrar-se a aplicação de tal princípio em relação à fiança concedida em contrato de locação, porquanto ela obriga em maior intensidade do que o próprio contrato de locação, além de gerar somente ônus para o fiador, sem qualquer contraprestação.

O fiador nem poderá exercer o direito de regresso contra o devedor originário nos mesmos moldes em que prestou a fiança, pois este poderá alegar a impenhorabilidade do imóvel residencial.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, na obra *A impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares*, anota que: “(...) a exceção do inc. VII coloca o fiador em situação escancaradamente inferior em relação ao afiançado. Lembre-se que até mesmo os móveis que guarnecem a residência do locatário são impenhoráveis (art. 2º, parágrafo único); não há, então, entendimento razoável que justifique a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador e de sua família, bem como dos imóveis que o guarnecem. A discriminação é flagrante e incompreensível”<sup>30</sup>.

Assim, pode-se claramente perceber que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 viola o princípio constitucional da isonomia.

---

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 5ª ed., pp. 424/425.

<sup>30</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*, 1ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 74.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º da Carta Magna, ele é um dos princípios mais importantes, se não o principal deles.

O professor Nelson Rosenvald explica que “há de se enfatizar que a dignidade da pessoa humana é fonte simultânea de direitos humanos e de direitos de personalidade. Fechando o ciclo evolutivo, ambos, quando positivados, convertem-se em direitos fundamentais de igual conteúdo. Com modo e intensidade variáveis, serão eles de alguma maneira reconduzidos à idéia primária de dignidade, como última instância de proteção a todo ser humano.”

Completa dizendo que:

o ser humano e a dignidade antecedem o ordenamento jurídico, assim como os direitos da personalidade. É de certa forma um equívoco conceber o direito natural como uma ideologia conservadora – como pretendeu o positivismo. Ele possui um componente revolucionário, por conduzir a um exame crítico de toda a ordem existente. Se a pessoa não é criada pelo ordenamento, a incidência posterior de determinadas regras não poderá aprisionar os elementos de sua personalidade<sup>31</sup>.

Eliane Maria Barreiros Aina, afirma que “a melhor interpretação a ser dada à norma que permite a penhora do bem de família do fiador de relação locatícia é a de que a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal, o que acarreta a sua invalidade como norma jurídica”. Para a autora, os direitos fundamentais encontram-se em posição privilegiada no ordenamento jurídico, funcionando como valores essenciais da pessoa humana, invioláveis, que devem ceder diante de outros direitos da mesma categoria. E qualquer desvio do caminho traçado pela Constituição Federal deve ser rechaçado.

Certo que a inconstitucionalidade da lei é decorrente da Emenda Constitucional nº 26, e só a partir dela é que poderia deixar de aplicá-la.

Importante notar, como bem o faz o Ministro Eros Grau que o contido no inciso VII da Lei nº 8.009/90 também viola outro direito fundamental, o da igualdade, posto que trata de forma diferente dois indivíduos que estão na mesma condição de devedor, ou seja, o locatário e o fiador.

---

<sup>31</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil – Coleção Prof. Agostinho Alvim, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 32/33.

A professora Maria Celina B. Moraes demonstra que “no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos 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 deve se harmonizar”<sup>32</sup>.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, comentando sobre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 (c/c art. 82 da Lei n. 8.245/91), concluem que: “À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 289).

Confira-se, ainda, o enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal:

a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Segundo este entendimento, três Ministros do Supremo Tribunal Federal se manifestaram pela inconstitucionalidade no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688.

Eles argumentaram em seus votos que a impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Segundo o Ministro Eros Grau, enquanto instrumento a

---

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional, *in* Revista Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, v. 1, 1991.

garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois - a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual.

Além disso, se o benefício da impenhorabilidade realmente fosse ressaltado quanto ao fiador em uma relação de locação, poder-se-ia chegar a uma situação completamente absurda, na qual o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade, mesmo em caso de execução procedida pelo fiador, cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Em outras palavras, se o fiador presta fiança a um locatário que, por exemplo do próprio Ministro Eros Grau, não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, ele não tem o benefício da impenhorabilidade, enquanto o locatário o tem. Verifica-se, assim, que a afronta à isonomia é mais do que evidente.

Outro ponto importante é que os textos da Constituição são dotados de **eficácia normativa vinculante**. Não é correta a interpretação de que o artigo 6º da Constituição Federal é mera 'norma programáticas', e que por isso não teria eficácia imediata.

Como visto nos capítulos anteriores, as normas constitucionais devem ter o máximo de eficácia, sob pena de se estar violando a própria Constituição Federal. E, no caso do bem de família do fiador, parece ser o que exatamente está acontecendo.

O Ministro Carlos Ayres Britto bem observou que a Constituição usa o substantivo "moradia" em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as "necessidades vitais básicas" do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo "moradia" como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX).

Interpretando tais qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, o Ministro entendeu que o direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação, que ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair.



E sobre o que diz a Constituição em matéria de família, ele acrescenta “que ela é uma entidade “merecedora de proteção especial”, e que o adjetivo “especial” não há de ser desconsiderado, porque não foi à toa utilizado pela Constituição.

A argumentação do Ministro está em total harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que “no caso da Lei nº 8.009/90, visou o legislador proteger a moradia da família do devedor, o que denota inegável interesse social” e que “de fato, se a proteção do bem visa atender à família e não apenas ao devedor”.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Veja-se o voto condutor do REsp nº 526.460/RS, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, DJU de 18/10/2004, cuja ementa segue transcrita:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. EM DE FAMÍLIA. MÓVEIS. OFERTA EM PENHORA PELO DEVEDOR. RENÚNCIA TÁCITA À IMPENHORABILIDADE PREVISTA NA LEI Nº. 8009/90. INADMISSIBILIDADE. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.

- Não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei nº. 8009/90 o devedor que oferta em penhora o bem de família que possui.

- Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar.

- É inadmissível o recurso especial na parte em que restou deficientemente fundamentado. Recurso especial provido em parte.”

No mesmo sentido:

“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - NOMEAÇÃO À PENHORA - IMPENHORABILIDADE NÃO AFASTADA - NATUREZA DOS BENS CONSTRITOS.

1. O fato de o devedor haver nomeado bens à penhora não o impede de alegar a impenhorabilidade dos mesmos nos termos da Lei 8.009/90. Precedentes.

2. No que tange à natureza dos bens constritos, observo que o v. acórdão recorrido, ainda que de forma implícita, reconheceu serem ‘bens de família’, conquanto lhes tenha negado a proteção da impenhorabilidade. Ainda que assim não fosse, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo que referidos bens (forno de microondas e rádio toca-fitas), constituem bens de família, para os fins da Lei 8.009/90. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido, tornando insubsistente a penhora levada a efeito sobre os bens da recorrente.” (REsp nº 759.745/SP, Relator o Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJU de 12/9/2005)

“RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR - NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI Nº 8.009/90 - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DESTA - PERDA DE OBJETO - PREJUDICIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.

1 - Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei nº 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp nºs 345.933/RJ e 151.238/SP).

2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº 8.009/90. Precedentes (REsp nºs 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP).

3 - Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r.sentença.

O STJ usa tais argumentos para dizer que, mesmo que o devedor indique um bem de família à penhora, ele não pode deixar de ser impenhorável, por não se poder renunciar a um direito previsto na lei que visa proteger a família. E tal compreensão se aplica a qualquer bem que se enquadre nas hipóteses da Lei nº 8.009/90, não sendo necessariamente o imóvel residencial, mas também uma televisão, uma aparelho de som, quadros que ornamentem a casa, etc.

E o estranho é que o mesmo entendimento não seja aplicado na interpretação, de um direito constitucionalmente previsto. Segundo o posicionamento do Supremo, seguido pelos demais tribunais brasileiros, uma pessoa pode prestar fiança e comprometer o bem de seus filhos, de sua família. Não parece haver flagrante violação ao princípio da igualdade? Por que no caso do fiador (que nem é beneficiado pelo contrato principal) a sua família pode ser prejudicada e em outros casos não?

O último Ministro a acompanhar a divergência, Celso de Mello, completou dizendo que: “torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família.”

---

4 - Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar nº 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo.

5 - Prejudicada a Medida Cautelar nº 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos.” (REsp nº 511.023/PA, Relator o Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJU de 18/8/2005)

Os Ministros também rebateram o argumento de que o enunciado, no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família, causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, dizendo que “não parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia”.

Quem trabalha com o mercado imobiliário, por razões óbvias, defende a constitucionalidade do dispositivo, afirmando que ele é uma das razões pelas quais o mercado continuará oferecendo imóveis para aluguel, garantindo, assim, a moradia para muitos locatários. Seria impraticável exigir dos locatários um fiador que possuísse mais de um imóvel.

O Dr. Geraldo Beire Simões, Diretor Jurídico da ABAMI Associação dos Advogados do Mercado Imobiliário, em entrevista concedida ao site “Portal dos Condomínios”<sup>34</sup>, afirmou, à época da decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso, que ela não taxava de inconstitucional toda a Lei nº 8.245/91, mas tão somente o disposto no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 e sustentou que, na verdade, o dispositivo não seria inconstitucional, conforme equivocadamente entendido pelo Ministro, assim como também não seriam inconstitucionais as demais exceções previstas nos incisos do art. 3º da referida Lei.

Segundo o advogado, não estaria correta a decisão do Ministro Carlos Velloso, pois a própria Lei do Inquilinato, em 1991, muito antes da Emenda Constitucional nº 26/2000, já havia contribuído para ajudar a solucionar a questão da falta de moradia, quando, no seu artigo 86, deu nova redação ao artigo 8º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que regula o Sistema Financeiro da Habitação, para, além de facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, ali incluiu "ou moradia".

E complementa dizendo que:

Este pioneiro gesto da Lei do Inquilinato, recebeu rasgado elogio do Desembargador Sylvio Capanema de Souza, ao dizer, na sua festejada obra ‘A Nova Lei do Inquilinato’, Forense, 1ª. Ed., 1993, pág. 361:

‘Uma das mais corajosas, profundas e eficazes medidas no sentido de combater o déficit habitacional e aquecer a oferta de novas unidades, foi introduzida pelo artigo 86, ao modificar a redação do artigo 8º da Lei nº 4.380, que regula o Sistema Financeiro da Habitação. A modificação, quase imperceptível, aos menos avisados, se constitui no acréscimo das palavras

---

<sup>34</sup> Disponível em: <http://www.portaldoscondominios.com.br/gestaoMercadante1.asp>. Acesso em 20 de dezembro de 2006.

‘ou moradia’, o que ampliou, de maneira significativa, os objetivos do sistema, antes destinado apenas à construção e aquisição da casa própria. Com a nova redação será possível a obtenção de financiamento, perante os agentes financeiros do sistema, para a construção de imóveis para locação, e não só para a venda, o que aliviará a pressão da demanda, que provoca o aumento dos aluguéis. Por outro lado, o adquirente de imóvel financiado pelo sistema, ao contrário do que ocorria antes, poderá alugá-lo a terceiros. Com isto também, se aquecerá a oferta, carreando-se para o mercado muitos imóveis, antes vazios’.

Tudo isso confirma que a inclusão da moradia no rol dos direitos sociais destina-se a que o ESTADO, com o ferramental legislativo de que dispõe, exerça obstinada e firme política social em prol não somente da moradia, mas também da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância, da assistência aos desamparados, todos direitos sociais esses previstos no art. 6º da Carta Política.

Logo, repetimos, não é inconstitucional a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 que permite a penhora do imóvel do fiador ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’.

Em primeiro lugar, devem ser protegidos os poucos proprietários de residências próprias neste país, e quanto ao problema do mercado imobiliário, a resposta é simples, e não é encargo do Poder Judiciário: a criação de políticas públicas adequadas à fluência do mercado, que não comprometam o direito social e a garantia constitucional.

A Constituição deve sim se preocupar com os cidadãos que, na maioria das vezes com muita dificuldade, conseguem pagar um imóvel residencial e não **“fazer a leitura da Constituição para atender à lógica do mercado.”** (Ministro Eros Grau)

Outra solução que possivelmente ajudaria na solução do problema é a maior amplitude do seguro-fiança locatícia, porquanto a seguridade é a forma mais utilizada de prevenção de danos em numerosos setores da sociedade<sup>35</sup>, não sendo assim necessária a nomeação de fiadores que tivessem mais de um imóvel.

E quanto ao problema da longa duração de uma ação de despejo, que parece assustar muitos locadores, podendo fazer reduzir ainda mais a oferta de imóvel para locação, o Código de Processo Civil já prevê a solução no artigo 273, II, onde está a possibilidade de antecipação da tutela final no caso em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>35</sup> AINA, Eliane Maria Barreiros, op. cit.

No mesmo sentido, a conclusão do Ministro Carlos Britto de que:

A impenhorabilidade do bem de família, no caso dos autos, daria ao mercado uma oportunidade de exercitar outras fórmulas substitutivas, o mercado é muito inventivo, muito criativo e encontraria meios e modos de resolver os futuros contratos de locação.

Assim, percebe-se que os argumentos pela constitucionalidade do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, podem ser facilmente criticados, sendo possível se imaginar soluções até para os problemas fora da esfera jurídica, deixando de ser justificável a decisão política tomada pela Suprema Corte.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia é um direito fundamental de segunda geração, expresso na Constituição Federal de 1988, que garante a indisponibilidade do bem de família do fiador para penhora decorrente de contratos de locação.

O entendimento contrário, apesar de fazer certo sentido sob a ótica do mercado imobiliário, viola não só o dispositivo específico quanto a tal direito quanto também os princípios fundamentais da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal merece todas as críticas dirigidas a ele referentes ao julgamento plenário do Recurso Extraordinário nº 407.688, que declarou a constitucionalidade do 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990. Na verdade, o referido julgamento nega efetividade ao texto constitucional, violando, assim, a própria Carta Magna.

Por fim, vale conferir o seguinte trecho do trabalho intitulado Os Direitos Fundamentais Na Teoria Constitucional Contemporânea<sup>36</sup>, de Luiz Carlos Forghieri Guimarães:

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais significa, por um lado, que os direitos fundamentais operam como nortes para atuação do Estado, (Legislativo, Executivo e Judiciário), e, por outro, servem de **guia para a interpretação e aplicação das demais normas da seara jurídica, em outro falar, a possibilidade de interpretar e aplicar o direito ordinário à luz desses fundamentos**, enfim, os direitos fundamentais são um acontecimento jurídico e social da modernidade.

Ademais, é importante registrar que assenta a concepção material dos direitos fundamentais sobre a dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais.

**Não é difícil de entender que, o momento, exige do operador do direito uma nova postura, ou seja, uma releitura de todo o direito positivo à luz dos valores esculpidos nos direitos fundamentais.**

---

<sup>36</sup> Disponível em [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id\\_noticias=109](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=109), em 20 de janeiro de 2007.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Código Civil. Coordenação por Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouveia. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. volume I – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos** : atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, abr/jun, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil** : Contratos e declarações unilaterais; teoria geral e espécies, São Paulo: Ed.RT, v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 57-58, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro: publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, v. 1, 1991.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social do Contrato** : lesão e imprevisão no CC/2002 e no CDC. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flavio. **A Função Social dos Contratos** : do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Inconstitucionalidade da Previsão do Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_fiador.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_fiador.doc)>. Acesso em: 22 de setembro de 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares**. 1ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.