**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**EXCEÇÃO AO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO: EVENTUAL VIOLAÇÃO AOS
PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

Autor: Renato Fernando da Silva Ribeiro

**JUÍNA – MT
2014**

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**EXCEÇÃO AO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO: EVENTUAL VIOLAÇÃO AOS
PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

Autor: Renato Fernando da Silva Ribeiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da AJES – Faculdade de Ciência Contábeis e Administração do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Mestra Jamille Fernanda Ferreira de Souza

**JUÍNA – MT
2014**

**AJES – FACULDADE DE CIENCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA BACHARELADO EM DIREITO**

BANCA EXAMINADORA

Professora Mestra Jamille Fernanda Ferreira de Souza
Orientadora

Professor Mestre Vimar Martins Moura Guarani

Professora Mestra Patrícia Fernandes Fraga

DEDICATÓRIA

À minha mãe Senhora Edna Cardozo da Silva, por toda dedicação a mim e apoio nos momentos em que precisei.

Ao meu pai, Senhor Adelson Ribeiro da Costa, que acreditou mais em mim do eu mesmo.

À minha companheira Jéssica de Paula Oliveira, pela paciência e compreensão nos momentos mais difíceis.

E aos meus amigos Higor da Silva Dantas, Ranmar Santyago Amorim dos Santos, Alexandre Iwao Kubota e Marcelo Vinicius Faresin, mais que amigos de faculdade, são “irmãos para toda uma vida”.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me permitido e dado forças para essa conquista. Sem ele, certamente não teria a garra necessária para superar os obstáculos de cinco anos de uma batalha incansável.

Agradeço também, a Faculdade Ajes, pela concessão da bolsa de estudos parcial, a qual me permitiu iniciar o curso de Bacharelado em Direito, sem esta, sei não teria sido possível iniciar tão desejado curso.

De igual forma, agradeço a minha orientadora, Prof. Mestra Jamille Fernanda Ferreira de Souza, pela compreensão, sugestões e empenho em me orientar, de maneira a acrescentar em muito neste trabalho.

Com muito apreço, gostaria de agradecer a Professora e Coordenadora do Curso de Bacharelado em Direito, Sra. Alcione Adame, pelos incentivos e pelas broncas, por tudo que contribuiu para que pudesse chegar a esse momento. A professora Alcione foi a minha primeira orientadora de pesquisa, e com ela aprendi “o que é a academia”, e por isso sou grato a ela.

E por fim, agradeço a todos que tiveram papel fundamental nesta trajetória, amigos, professores, familiares e colegas de trabalho, cada um que a sua maneira me ajudou nesses tempos de dificuldade e de lutas, a todos só tenho a dizer um sincero Muito Obrigado!

"Somos o que repetidamente fazemos. A excelência, portanto, não é um feito, mas um hábito".

Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho pauta-se na importância do direito a moradia para a proteção da entidade familiar. A preocupação em se preservar a moradia familiar fez com que o bem de família tornasse impenhorável por advento da Lei 8.009/90, a partir de então o único imóvel de um indivíduo não poderia ser alvo de penhora. Entretanto, contradizendo o fundamentalidade da moradia do indivíduo e de seu núcleo familiar, a Lei 8245/91, trouxe algumas exceções a impenhorabilidade do bem de família, que dentre outras, permite a penhora deste bem, em execução de dívida cuja obrigação seja contraída por fiança em contrato de locação imobiliária. Essa controvérsia que versou entre a fundamentalidade do bem de família do fiador e seu direito a liberdade de prestar fiança, restou fundamentada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o recurso extraordinário 407.688-8/SP, entendeu pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação imobiliário. O entendimento do Supremo Tribunal, aduz ainda que, a possibilidade de ter um fiador que responda pela dívida, incluindo seu bem mínimo como garantia, permitiu maior segurança jurídica aos contratos de locação o que fez com que muitas pessoas tivessem acesso à moradia, aumentando a efetividade do direito constitucional à moradia. Apesar de ter um posicionamento da Suprema Corte brasileira, muitos tribunais acabam por julgar de forma divergente dos entendimentos dos ex-ministros, o que demonstra certa incongruência no entendimento do Supremo. Para parte da jurisprudência não é viável aceitar o perecimento de um direito fundamental como o da moradia em benefício de um direito meramente patrimonial.

Palavras-chave: Impenhorabilidade, Bem de Família, Violação, Preceitos Constitucionais.

ABSTRACT

This work is guided on the importance of the right to housing to protect the family unit. The concern to preserve the family home caused the family and become impenhorável by enactment of Law 8.009 / 90, from then on the only property of an individual could not be subject to garnishment. However, contradicting the fundamentality of individual's house and your household, Law 8245/91, brought some exceptions to immunity from seizure of good family, who among others, allows the attachment of this asset in debt enforcement whose obligation is contracted by bail in real estate lease. This controversy which concerned between the fundamentality of the guarantor family well and their right to freedom to provide bail, remains grounded by the Supreme Court, which to judge the extraordinary appeal 407688-8 / SP, understood the constitutionality of the family and the attachment the guarantor in real estate lease. Understanding the Supreme Court, yet adds that the possibility of having a guarantor that meets the debt, including its minimum guarantee and allowed greater legal certainty for lease contracts which meant that many people have access to housing, increasing effectiveness of the constitutional right to housing. Despite having a positioning of the Brazilian Supreme Court, many courts end up judging divergently the minds of former ministers, showing a certain incongruity in the understanding of the Supreme. For some jurisprudence is not feasible accept the extinction of a fundamental right as the housing for the benefit of a purely economic rights.

Keywords: Unseizability, And Family, Infringement, Precepts Constitutional.

SUMARIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO DO DIREITO SOCIAL A MORADIA E SUA INTRODUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	12
2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO A MORADIA.....	14
2.1.1 CONCEITO E ORIGENS DOS DIREITOS SOCIAIS	14
2.1.2 REVOLUÇÃO FRANCESA.....	15
2.1.3 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.....	16
2.1.4 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948	19
2.2 INTRODUÇÃO DOS DIREITOS DE ORDEM SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
2.2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1934	21
2.2.2 O DIREITO A MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	22
2.2.3 DIREITO À MORADIA E AS GERAÇÕES DOS DIREITOS SOCIAIS	23
2.2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO	24
2.2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	25
2.2.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO	26
3 IMPENHORABILIDADE/PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	29
3.1 BEM DE FAMÍLIA: O CONCEITO E DISPOSIÇÕES GERAIS	29
3.2 EXCEÇÃO A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.....	34
3.3 VISÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.....	36
3.3.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	37
3.3.2 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS APÓS RE 407688-SP	43
4 EXCEÇÃO DO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO: EVENTUAL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	46
4.1 DIREITO À MORADIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	46
4.1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E RESPEITO AO SER HUMANO	47

4.1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA E A DIFERENÇA DE TRATAMENTO ENTRE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR E DO DEVEDOR PRINCIPAL.....	48
4.1.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E AUTONOMIA DA VONTADE...51	51
4.1.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO IMÓVEL RESIDENCIAL.....	54
4.2 DISPARIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A problemática que fundamenta este trabalho é tratamento desigual dado entre devedor (locatário) e o seu fiador, isto, pois, tratar de maneira diferente dois indivíduos em igual situação jurídica. Ademais, a exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, incluído pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), causa um retrocesso em relação a proteção constitucional dos direitos mínimos do indivíduo. No primeiro capítulo deste trabalho, a intenção é de elencar o desenvolvimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, afim de entender onde surgiu a importância de dar maior proteção ao indivíduo e sua unidade familiar.

Analisa-se também, a evolução histórica dos direitos sociais, desde a revolução francesa e industrial, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a introdução dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo da análise do surgimento dos direitos sociais é perceber as situações que ensejaram a positivação dos direitos Sociais.

O estudo tem como base o instituto da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação imobiliária, nos termos do inciso VII do art.3º da Lei 8.009/90 com redação inclusa pela Lei 8.245/91. Apesar de ter gerado uma grande discordância entre juristas, a possibilidade do fiador locatício ter seu imóvel residencial penhorado é segundo o Supremo Tribunal Federal, um dispositivo constitucional. Isto, pois, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal apreciou a matéria por advento do Recurso Extraordinário RE 407.688/SP, que por fim ao votarem entenderam os ex-ministros que o indivíduo ao prestar contrato de fiança, assume os riscos pela incolumidade de seu direito.

Apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda é muito discutida dado a sua repercussão no meio social. Por esse motivo, o presente estudo faz vários apontamentos sobre os preceitos da Constituição Federal de 1988 que justificam a resistência por parte da jurisprudência em adotar o posicionamento da Corte Superior. Analisa-se também, a Exceção a Impenhorabilidade do Bem de Família sob orientação dos princípios constitucionais, fazendo vários apontamentos no que se refere a disparidades entre o que dispõe a constituição e o dispositivo de Lei.

Para chegar ao entendimento almejado o estudo pretende analisar o bem de família, quanto a sua essencialidade para dignidade do ser humano, analisando suas peculiaridades que tornam esse instituto fundamental para proteger o núcleo familiar, de maneira que, para chegar a fundamentalidade do bem de família e de sua relação intrínseca com o direito a moradia, o presente faz uma análise histórica da habitação, tratando-a como necessidade humana, trazendo uma reflexão da relação do homem com a moradia desde tempos mais remotos.

Ao decorrer do trabalho serão feitos questionamentos, do tipo: será que a exceção a impenhorabilidade do bem de família visa apenas dar segurança jurídica ao mercado imobiliário? A qual custo tem-se essa segurança jurídica? Será que vale a pena, sacrificar direitos fundamentais de uns em detrimentos de outros? Será que não existiria uma forma menos danosa de dar garantias ao contrato de locação imobiliária?

Para atingir os resultados pretendidos, serão utilizados neste trabalho os métodos Hermenêutico e Dialético, sendo realizadas interpretações do texto constitucional e confrontando em vários pontos com o dispositivo de lei, bem como ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Intercalando desta forma uma discussão comparativa entre os pensamentos dos princípios constitucionais da igualdade ou isonomia e da liberdade ou autonomia da vontade com o dispositivo de lei que estatui a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o votos de seus ministros.

Destaca-se que o trabalho trata da evolução histórica dos direitos sociais dando ênfase da inclusão do direito a moradia no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo menção dos momentos históricos que propagaram os direitos sociais. No segundo, é abordado diretamente a exceção a impenhorabilidade, apontando as ideias que justificam esse posicionamento, e trazendo também abordagens críticas aos pontos que o entendimento sobre a possibilidade de penhorar o bem de família acaba por deixar certas lacunas. Por fim, no terceiro capítulo, trata especificamente do problema apontado neste trabalho, refere-se a disparidade entre o entendimento sobre dignidade humana e dispositivo da Lei 8.009/90, fazendo uma abordagem altamente crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao seu posicionamento no recurso extraordinário RE 407.699/SP.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO SOCIAL A MORADIA E SUA INTRODUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O direito a moradia está positivado no Ordenamento Constitucional brasileiro no artigo 6º, *caput*. O referido dispositivo foi introduzido na Constituição Federal de 1988 por advento Emenda Constitucional de nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. O fato é que a garantia de um teto é fundamental aos seres humanos, devendo ser garantido pelo Estado a todo indivíduo.

Para se falar em moradia, primordialmente devemos entender o significado da palavra, ou seja, “o que é moradia?”. Na verdade a percepção sobre o termo é bem fácil, moradia é o local onde mora/reside um determinado indivíduo, logo sua casa, sua residência/seu lar. Nesse sentido a autora Delina Santos Azevedo, conceitua que:

(...) moradia pode ser definida como uma necessidade básica do indivíduo enquanto ser humano e enquanto ser social. O ser humano vive condicionado a necessidades, sejam elas fisiológicas, sociais, profissionais, de autoconhecimento, de reconhecimento pelos outros e demais, que vão sendo assistidas a partir do momento que ele se firma e se estrutura na sociedade¹.

A habitação é uma necessidade do homem, pela sua condição de ser humano. Pois, se analisarmos a história desde tempos mais remotos, o homem sempre esteve vinculado a um local considerado como seu abrigo ou seu refúgio. Muito antes da vida em sociedade tal qual conhecemos, o indivíduo já era dependente de um local onde se protegesse dos perigos da natureza e até mesmo dos perigos causados por outros indivíduos da mesma espécie.² A questão mais importante, é que quando o homem vivia no estado de natureza, a qualquer sinal de ameaça, utilizava-se da força bruta como meio de defesa de seu abrigo, de sua “propriedade”.

Ao sair do estado de natureza, o homem torna-se um “ser social”, sendo que a força não seria mais o meio mais eficiente para dirimir os conflitos, agora é dever

¹ AZEVEDO, Delina Santos. **A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia Apresentada na Universidade Federal da Bahia - UFBA. 2012. Pg. 4.

² CORDEIRO, Gustavo dos Santos. **Penhorabilidade do bem de família do fiador: análise do recurso extraordinário 407.688 à luz do direito fundamental à moradia e da teoria do patrimônio mínimo**. 2013. Pg. 18.

do Estado e assegurar por meios de suas normas, que o individuo tenha acesso a um local para chamar de lar.

Entretanto, nos dias atuais o que percebemos é uma grande deficiência do estado em atender as necessidades básicas dos seres humanos, sendo elas relacionadas á habitação. A grande falta de moradia ou de moradias dignas é um problema que esta claramente relacionada à introdução tardia da proteção do direito à moradia no ordenamento jurídico, isto é um reflexo de uma política burguesa, já que a política brasileira estava voltada para os interesses particulares, e por isso é possível observar tantos contrastes, imóveis de luxo e ao lado grandes favelas. Tudo isso resultado de uma política que favorecia os mais abastecidos pela economia, e despreza os menos favorecidos.

Ninguém desaprovava a afirmação de que o direito a moradia é essencial a dignidade da pessoa humana e deve estar inserido no rol dos direitos sociais fundamentais³. Tal pensamento surge a partir da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Segundo o artigo 25 do referido texto:

“(...) todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”⁴.

Todavia, existe um grande impasse no que se refere à interpretação e implantação no contexto pratico, sendo inúmeras as dificuldades para se concretizar de fato o direito a moradia digna para todos os indivíduos, de modo que, há sempre uma grande discussão sobre a efetivação deste direito, porém, o principal entendimento é de que é dever Estado Democrático de Direito implantar políticas de erradicação de favelas ou habitação em áreas de riscos.

Sabe-se que é dever do Estado proporcionar ao individuo direta ou indiretamente, o acesso a uma moradia habitável nos moldes do principio da dignidade da pessoa humana, em consonância com artigo 1º da Constituição Federal de 1988 segundo a qual:

³ RANGEL. Helano Márcio Vieira. SILVA. Jacilene Vieira da. **O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL, E A SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE.** Veredas do Direito. v.6 . 2009. p.57-78. Obtido em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77/132>. Acesso em: 17/11/2014.ž

⁴ Artigo 25 da Declaração Universal dos Direito Humanos.

Art.1. República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; (...) a dignidade da pessoa humana.⁵

Sendo assim é obrigação de um Estado Democrático de Direito, garantir o fiel exercício de direitos sociais e individuais, de modo que o exercício do direito a moradia é imprescindível para que o cidadão possa fazer o exercício dos demais, ou seja, a um individuo se moradia também é subtraído direito de acesso a outros direitos sociais como trabalho, educação, saúde, etc.

2.1 Surgimento dos Direitos Sociais e o Direito a Moradia

Os direitos do homem, sejam individuais ou sociais, são reflexos de lutas e conquistas históricas, em que o pensamento do homem e da coletividade se aperfeiçoa para proteger o individuo em sua individualidade ou coletividade.

Assim sendo é impossível se falarmos em direito a moradia sem se falar em direitos sociais, por se tratar o segundo fruto do primeiro.

2.1.1 Conceito e origens dos Direitos Sociais

Segundo Jose Afonso da Silva, direitos:

“são como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações obrigatórias que devem ser prestadas pelo Estado de maneira direta ou indireta, enumeradas em normas constitucionais, que possibilitem aos fracos terem melhores condições de vida, direitos que visam tornar igualitária as situações sociais tão desiguais”⁶.

Dessa forma para entender melhor o assunto direito a moradia, faz-se necessário fazer todo um aparato histórico dos momentos que surgiram ou se ampliaram tais direitos, passando pela Revolução Francesa, Revolução Industrial, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, até a introdução nas constituições brasileiras.

⁵ O artigo 1º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

⁶ SILVA. Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. Revista e atualizada até a emenda n.62, de 09/11/2009. Editora Malheiros. São Paulo.2009. pg. 96.

2.1.2 Revolução Francesa

Em meados do século XVII, a situação dos cidadãos franceses era de uma total injustiça social, na época do regime monárquico comandado pelo rei Luis XVI. O Estado francês da época era formado pela nobreza, clero e o terceiro estado (formados por trabalhadores urbanos e rurais, camponeses e pequenos burgueses ligados ao comércio), sendo que os impostos eram devidos somente terceiro estado que serviriam para sustentar os luxos da nobreza.

Nessa época o monarca governava com poderes absolutos, controlando todos os segmentos do estado dentre a econômica, justiça, política e etc. Nesse momento da história francesa não havia de falar em democracia, qualquer levante contra a coroa era punido com prisão ou até mesmo a morte.

Havia uma grande insatisfação por parte dos trabalhadores devida às condições miseráveis de vida e de trabalho, situação era agravada ainda mais pelo grande número de desempregados nas cidades francesas, e tinha também insatisfação por parte dos burgueses devida aos exorbitantes impostos cobrados e a vontade dos mesmos em participar da política. Tão grande foi a insatisfação do povo, que uma grande massa populacional saiu às ruas com objetivo de tomar o poder e o destituir o governo do então monarca rei Luís XVI⁷. O primeiro alvo dos revolucionários foi a prisão de Bastilha, que era o símbolo da monarquia francesa. Os revolucionários tinham como lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, tais princípios representavam os principais anseios do terceiro estado francês. Após a rebelião popular quase toda a nobreza fugiu da França, por sua vez, parentes e nobres próximos ao monarca foram capturados mandados para a guilhotina⁸.

Já em 1789, uma assembleia Constituinte “cancelou todos os direitos feudais que existiam e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Este

⁷ FERNANDES. Claudio. **Revolução Francesa**. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 11 de Novembro de 2014.

⁸ FERNANDES. Claudio. **Revolução Francesa**. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 11 de Novembro de 2014.

importante documento trazia significativos avanços sociais, garantindo direitos iguais aos cidadãos, além de maior participação política para o povo”⁹.

Após a derrubada do monarca, o povo detinha o poder. Ao menos parecia que sim. O que ocorreu de fato é que foi se instituída uma política burguesa, onde os interesses particulares passariam a ter maior relevância do que os interesses da coletividade. E mais uma vez a grande massa de menor poder aquisitivo sofreria as consequências de uma política que favorecia poucos¹⁰.

A política burguesa, pautando se em um dos três pilares da revolução, o princípio da Liberdade, os burgueses traçaram um modelo de Estado Liberal segundo o qual o Estado não deveria intervir na economia, modelo este chamado por Laissez-faire.

O Laissez-faire é uma ideia fisiocrata, no qual não deveria haver intervenção estatal na economia, sendo que os seus indivíduos é que deveriam reger suas próprias leis, daí os seu significado “deixe fazer”. Essa é a principal vertente do liberalismo, sendo que sua primeira concepção é chamada de escola fisiocrata, que segundo sua proposta, a economia deveria funcionar de acordo com suas próprias leis, de forma semelhante às leis da natureza, tal pensamento pregava um ideal de Estado mínimo, segundo o qual o ente estatal deveria atuar minimamente, devendo apenas preservar as liberdades e garantias de direitos individuais ao indivíduo, de maneira a defendê-lo dos abusos do Estado¹¹.

2.1.3 Revolução Industrial

Os princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, herdados da Revolução Francesa podem ser considerados as principais estruturas e fundamentações dos

⁹ CASTANHO, André Moraes. **DIREITOS HUMANOS NA PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2009.. Obtido em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1602/1516>. Acesso em: 10/10/2014.

¹⁰ Fernandes. Claudio. Revolução Francesa. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 11 de Novembro de 2014.

¹¹ CASTANHO, André Moraes. **DIREITOS HUMANOS NA PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2009.. Obtido em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1602/1516>. Acesso em: 10/10/2014.

direitos fundamentais. Porém, a consagração dos direitos sociais data-se primordialmente, na mudança de um Estado-Liberal (o *laissez-faire*) para um Estado do Bem - estar social¹².

Conforme mencionado anteriormente, após a revolução a sociedade francesa adotou um regime estatal liberal (o *laissez-faire*), ou seja, a estado não interviria na economia, valia uma espécie de lei da natureza, onde os indivíduos se contratariam, fariam as próprias normas que regeriam a sociedade em se tratando de economia. Como resultado, deu-se um grande processo de industrialização, que alterou profundamente as formas de produção, e formas de vida dos indivíduos ligados a produção.

Mais tarde, ainda no século XVIII, iniciou-se um maciço processo de industrialização na Inglaterra. A respeito desse período, o autor André Moraes Castanho, assevera que:

A Revolução Industrial provocou, sem sobra de dúvidas, diversas mudanças tanto na sociedade quanto na forma de produção dos bens em geral. Antes, predominavam a manufatura e o artesanato, formas primitivas e lentas de produção, mas que proporcionavam produtos personalizados a quem os comprava. Não existia um produto que fosse igual ao outro. Mas nessa forma de produção, os preços ainda eram relativamente elevados, devido justamente à sua individualidade e ao tempo que tomavam do artesão. Com o surgimento dos burgueses capitalistas, os artesãos, até para manterem sua sobrevivência, submeteram-se a uma nova forma de produção. Antes da indústria, surgiu a manufatura, método de produção feito em etapas, marcando uma profunda divisão do trabalho entre os operários, mas ainda era ineficiente, pois criou uma necessidade de produção que os próprios manufatureiros não poderiam suprir. Ademais, havia a limitação da força humana, que impedia que a produção fosse contínua, provocando crises com a interrupção da produção. A manufatura desliga-se do artesão para gerar um trabalho coletivo, realizado em etapas, mas ainda depende da habilidade de seus operantes, pois não utiliza tanta mecanização como nas fábricas. Um entrave das manufaturas era que o artesão era dono do seu tempo, e não se submetia facilmente a um empregador em trabalho compulsório, utilizando seu tempo livre para o lazer¹³.

Porém, com o desenvolvimento de máquinas cada vez mais eficiente, esse cenário onde predominava a manufatura iria mudar, pois a burguesia se valendo a mão de obra abundante, passaria a fundar um sistema de produção em larga escala,

¹² Idem, pg. 12.

¹³ CASTANHO, André Moraes. **DIREITOS HUMANOS NA PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2009.. Obtido em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1602/1516>. Acesso em: 10/10/2014.

sendo definidas etapas de produção, em que um trabalhador faria apenas a execução de uma tarefa.

O regime industrial passara a submeter o trabalhador a condições de trabalho degradantes e precárias. A burguesia industrial explorava a mão-de-obra em condições desumanas, pois sabiam que tinha trabalhadores para satisfazer a produção independente da satisfação dos operários, devido grande numero de desempregados nas cidades¹⁴.

As condições de trabalho eram deprimentes, homens, mulheres e crianças eram submetidas a condições degradantes e uma carga horária desumana. Mulheres e crianças eram os mais explorados, pois apesar de ser submetidos a condições de trabalho semelha a dos homens, recebiam apenas de 1/3 a 1/6 do salário de um homem de desempenhava as mesmas funções, nas mesmas condições de trabalho¹⁵.

A situação dos operários piorava cada vez mais uma vez que os salários eram cada vez menores, e em contra partida os itens necessários a alimentação ficavam cada vez mais caros. Esse encarecimento dos itens que compunha a alimentação é reflexo da transformação das pequenas propriedades familiares em grandes latifúndios de monocultura, haja vista que os camponeses produziam muitos dos alimentos que eram vendidos nas cidades, com o fim dessa produção muitos alimentos se tornaram escassos, e efetivamente mais caros.

Em meados dos anos de 1780 os operários já estavam revoltados, passaram a destruir as maquinas mais modernas que aprimoravam mais a produção (consequentemente ocasionavam na demissão de pessoas) e a perseguir seus criadores.

Como resposta aos movimentos, o governo editou a Lei Speenhamland, que obrigava a comunidade a suprir a subsistência dos indivíduos que não pudessem arcar sua própria subsistência. A mesma lei obrigava mendigos a procurar ajuda nas igrejas para que vivessem de doações. Apesar de singela, essa foi uma das

¹⁴ Idem, pg. 12

¹⁵ Idem, p. 18

primeiras positavações voltadas para o bem-estar do indivíduo em sociedade, logo uma das primeiras normas de cunho social¹⁶.

Outro movimento que marcou a época foi uma iniciativa dos próprios operários e se ajudar mutuamente, que ficou conhecido como *movimento do entreajuda*. Nesse movimento, os operários visavam o auxílio para aqueles que quisessem ter alguma instrução, inclusive, algumas universidades se especializaram em auxiliar esses operários que quisessem se instruir¹⁷.

Outra característica muito interessante desse movimento nos remete ao modelo de previdência ao qual conhecemos hoje, foi a criação de um espécie de caixa voltado para socorrer operários desempregados, doentes e acidentados. Tendo em vista não existia previdência social ou qualquer outro tipo de benefício assistencial, quando um operário ficava doente ou até mesmo sofria algum acidente de trabalho, o mesmo se via numa situação de abandono, ficando sem a mínima forma de custear sua subsistência e de sua família. Essas sociedades de apoio mútuo eram associações dos próprios operários que reunidos passaram a depositar dinheiro em um fundo que custeariam algum contribuinte em caso de desemprego, doença ou acidente de trabalho¹⁸.

2.1.4 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trata-se de um texto legal de delimita os direitos humanos básicos ou fundamentais. O referido dispositivo foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 10 de dezembro de 1948, sendo assinadas por vários países do mundo¹⁹.

A leitura do texto internacional notória seu conteúdo de pacificação social, isso porque no cenário da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mundo encontrava-se abalado pela guerra, seu principal fundamento era o de

¹⁶ Idem. P. 22

¹⁷ MAGNOLI. Demétrio. *História da Paz*. São Paulo: Editora Contexto, 2008. P.233

¹⁸ CASTANHO, André Moraes. **DIREITOS HUMANOS NA PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2009.. Obtido em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1602/1516>. Acesso em: 10/10/2014.

¹⁹ MAGNOLI. Demétrio. *História da Paz*. São Paulo: Editora Contexto, 2008. P.233

construir uma base ideológica, ter como parâmetro para negociações de paz e efetivamente garantir os direitos humanos em eventuais conflitos. Mas o seu principal princípio era de fortalecer a democracia e promover a paz entre as nações²⁰.

Hoje a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é o texto internacional traduzido para uma infinidade de línguas pelo mundo, e apesar de não representar uma obrigação legal aos signatários, serve como base para edição de inúmeras normas e tratados de proteção dos direitos do homem por todo mundo.

Dentre os principais direitos do homem trazidos pelo texto internacional esta o mais relevante para o presente trabalho, elencado no artigo 25 da declaração o dispositivo internacional aduz que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. Este se trata do primeiro dispositivo legal a tratar com maior importância o direito de ter uma habitação, classificando-a como indispensável e inalienável. Pode-se entender como um precursor do direito a moradia instituído pela Constituição Federal, tendo em vista que os tratados internacionais impulsionam a edição de normas nacionais de caráter protetivo, visando uma aderência ao ordenamento internacional e sua implementação no ordenamento jurídico interno²¹.

2.2 Introdução dos Direitos de ordem social no ordenamento Jurídico brasileiro

Os direitos sociais se originaram no século XVIII com o advento da Revolução industrial, emergiu a ideia de que o Estado dever estar presente a fim de minimizar os problemas sociais, de maneira a buscar a melhoria das condições de vida dos menos abastecidos pela economia.

No Brasil, a ordem social foi inserida no ordenamento constitucional a partir da constituição federal de 1934, inspirada na constituição alemã (de Weimar)e mexicana. Posteriormente a ordem social foi contemplada e difundida pela

²⁰ Idem, Pg. 234.

²¹ MAGNOLI. Demétrio. **História da Paz**. São Paulo: Editora Contexto, 2008. 448p

Constituição Federal de 1988, elevando os direitos sociais à sua fundamentalidade²².

2.2.1 Constituição de 1934

A constituição de 1934 foi a primeira carta constitucional a inserir em seu texto um o título da ordem econômica e social, que apesar de estar vinculada a ordem econômica, o texto traz proteções ao indivíduo em seu âmbito social, como:

(...) prestação de saúde pelo estado; proteção trabalhista (estabelecia direitos como salário mínimo, repouso remunerado, não diferenciação de salário por idade, nacionalidade, raça ou sexo, carga horária de oito horas diárias, proibição ao trabalho para o menor de 14 anos, etc.); a educação passou a ser tratada como direito de todos e obrigação da família e dos poderes públicos²³;

No que se refere ao direito a moradia, apesar de não expressar de maneira explícita, a carta constitucional amparava tal direito se observado algumas pretensões que protegiam o domicílio do indivíduo. Mesmo não estando expresso, o texto constitucional já amparava esse direito em sua essência, uma clara prova disso é a leitura do artigo 113 da Constituição Federal de 1934 dispõe que:

Art.113. Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.(...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização²⁴.

O referido artigo não traz na forma escrita o direito à moradia, porém o Estado não conseguiria efetivar os direitos mencionados no referido texto, sem garantir ao indivíduo o direito a habitação, quando se fala em subsistência fica claro que não é possível para um indivíduo e sua família subsistir sem uma residência. Dessa forma, o direito a moradia já se encontrava de forma implícita na constituição de 1934.

²² IURCONVITE . Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Obtido em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417. Acesso em: 16/10/2014.

²³ SILVA. Jose Afonso. Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, constitucional n.48, de 10.08.2005. pag. 287

²⁴ Artigo 113 da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1934.

2.2.2 O Direito a moradia na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é considerada a constituição cidadã, e foi elaborado com finalidade de garantir a democracia após o fim do regime militar, o novo texto constitucional ampliou as liberdades civis e direitos e garantias individuais. Houve também muitas mudanças no tocante das relações econômicas, políticas e sociais. De acordo Jose Afonso da Silva, e “sem preocupação com uma classificação rígida, com base nos artigos 6 a 11 da Constituição, pode-se agrupá-los da seguinte forma”.²⁵

- a) Direitos sociais relativos ao trabalhador;
- b) Direitos sociais relativos a seguridade, compreendendo os direitos a saúde, a previdência e a assistência social;
- c) Direitos sociais relativos a educação e a cultura;
- d) Direitos sociais relativos a moradia;
- e) Direitos sociais relativos a família, criança, adolescente e idoso;
- f) Direitos sociais relativos ao meio ambiente.²⁶

O direito à moradia no texto original da Constituição Federal de 1988, assim como na carta de 1934, estava apresentado de forma implícita, ou seja, não trazia o termo *direito à moradia*, segundo a redação original do artigo 6º, eram direitos sociais apenas a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados. Embora não estar apresentado de forma expressa, bastaria analisar os princípios constitucionais para ter certeza que o direito a moradia trata-se de um direito constitucional fundamental, ou seja, se República Federativa do Brasil constitui-se em estado democrático de direito tendo como um dos fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana, não seria possível ao Estado garantir uma vida digna aos indivíduos, sem antes garantir-lhes direito a um teto.

Ademais, não seria possível que um individuo gozasse de outros direito sociais como trabalho, saúde e educação, sem ter uma habitação digna. Logo, mesmo não estando expresso, o direito a moradia é fundamental a dignidade da pessoa humana, de modo que já se tratava de direito constitucional mesmo antes de ser inserido expressamente na constituição.

²⁵ SILVA. Jose Afonso. Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, emenda constitucional n.48 , de 10.08.2005. pag. 287

²⁶ SILVA. Jose Afonso. Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, constitucional n.48, de 10.08.2005. pag. 287

Em 14 de fevereiro do ano de 2000, por advento da Emenda Constitucional n.26, foi inserido no direito a moradia no rol no direitos sociais constantes no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, dessa forma não resta dúvida que o direito a uma habitação se trata de direito fundamental, indisponível, inalienável e essencial a dignidade humana. Sobre a incorporação do direito a moradia no artigo 6 da Constituição, Pedro Lenza assevera que:

Apesar dessa incorporação tardia ao texto, desde a promulgação da Constituição o direito de moradia já estava amparado, pois, nos termos do art. 23, IX, todos os entes federativos têm competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Também, partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), direito à intimidade e à privacidade (art. 5.º, X) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5.º, XI), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X, estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combaterem as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos²⁷.

Certamente é correto dizer que no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988, foi o que consagrou ao direito a moradia no ordenamento constitucional, o texto constitucional eleva o direito a moradia como direito fundamental, devendo ser resguardado a todo indivíduo.

2.2.3 Direito à Moradia e as Gerações dos Direitos Sociais

Podemos observar que constituição Federal de 1988 prevê em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, que são divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos. Tais direitos não surgiram simplesmente, são evoluções de acordo com as necessidades de cada época, como se fossem gerações que foram se aperfeiçoando para melhor se adequar as necessidades de cada momento da história humana. Nesse diapasão Fernandes afirma que:

O autor Paulo Bonavides tornou-se um dos principais juristas a tornar célebre a leitura (e separação) operada dentro do constitucionalismo que lê

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª ed. Revista atualizada e ampliada. Saraiva.2012. pag. 1078.

os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico e, por isso mesmo, os agrupa a partir de gerações de direitos”²⁸.

Comumente a doutrina vem substituindo o termo geração por “dimensão”, isso, pois, ao se falar em geração somos remetidos a ideia de sucessão (substituição), por tão conseqüente, os direitos fundamentais não se sobrepõe uns aos outros, simplesmente não são suplantados uns pelos outros, ou seja, um surge como meio de complementar outro já existente²⁹, por tal motivo o termo “dimensões” de direito é considerado mais adequado para descrever os momentos históricos dos direitos fundamentais³⁰.

Entretanto, como Paulo Bonavides foi um dos precursores desta forma de organização dos direitos fundamentais³¹, nos pautaremos na divisão em gerações tal qual o autor nos ensina. A divisão das gerações pode ser realizada, com base no lema da revolução francesa: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração).

2.2.4 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os direitos de primeira geração também são comumente chamados de direitos de liberdade, trata-se de direitos civis e políticos que emergiram no século XVIII com a revolta da sociedade francesa, momento em que derrubaram a monarquia de Luiz XVI, o regime político adotado teve como principal fundamento um dos três pilares da Revolução Francesa, o princípio da Liberdade. Segundo qual, indivíduo era o titular de direitos previstos na Declaração dos Direitos Humanos do Cidadão, de forma que não se ouviria falar em direitos coletivos, nesse momento histórico o homem apesar de estar em sociedade, passa a ser tutelado individualmente. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção, traduzem-se como faculdades ou atributos das pessoas e

²⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 67/2010. Lumem Juris. 2010. Pg. 243

²⁹ JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, 2012.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros Editores, 2000. Pg. 382.

³¹ SILVA, Jose Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. Revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, constitucional n.48, de 10.08.2005. pag. 287

ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado³².

Essa geração de direitos que emergiu da Revolução Francesa, é a vertente do sistema liberal de Estado, segundo qual o Estado deve intervir minimamente, onde a economia teceria suas próprias normas de conduta que regeria a sociedade, valendo-se por uma espécie de lei da natureza. Esse sistema de liberalismo econômico permitiu que homens com prática de mercado e poder aquisitivo, fizessem prevalecer seus interesses sobre os menos favorecidos, o que resultou no surgimento de grandes grupos industriais, e o surgimento de um proletariado (miserável com condições de vida desumana)³³.

A Revolução Francesa foi um dos marcos no que se refere aos direitos do homem, pois seus movimentos pautaram-se no direito de ser livre, e direito de escolher os rumos da sociedade, os preceitos perpetuados durante o movimento refletiram nos ordenamentos jurídicos, dos dias de hoje, com a institucionalização das constituições. Segundo Alexandre de Moraes, os direitos de primeira geração “são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas) surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta”³⁴.

2.2.5 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

Os direitos fundamentais de segunda geração, classificados em direitos sociais, culturais e econômicos, “são chamados de direitos sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais”³⁵. Seu surgimento deu-se com o desenvolver de um Estado Social, tendo como referência a Igualdade entre os indivíduos que compõem uma sociedade, sendo normatizados a partir das Constituições Marxistas e do Constitucionalismo de Weimar. A partir daí, o Estado estaria obrigado por força de lei a garantir certos direitos materiais de grande importância social. A partir da leitura dos direitos de segunda geração, passou a se

³²FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 67/2010. Lumem Juris. 2010. Pg. 244

³³ Idem, Pg. 248

³⁴ MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo. Atlas. 2011. Pg. 34.

³⁵ FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 67/2010. Lumem Juris. 2010.

entender que os direitos fundamentais eram mais do que uma garantia de direitos de um indivíduo perante o Estado, trazia um sentido de garantias institucionais. Essa visão institucionalista desprende dos moldes da sociedade liberalista, não os tratando mais como indivíduos solitários, passam a ter uma visão de sociedade interligada³⁶.

Essa geração de direitos relaciona-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e assim assegurando p princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial representa um marco no surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, pois implicou na luta da classe operaria, nas defesas dos direitos sociais básicos (como alimentação, saúde, educação, etc.)³⁷.

Já no século XX com a primeira guerra mundial, os direitos fundamentais foram novamente evidenciados por outros documentos, como a Constituição de Weimar, promulgada na Alemanha em 1919, e pelo tratado de Versalhes editado pela Organização Internacional do Trabalho também em 1919.

Os direitos de segunda geração, não só limitava o poder de atuação do Estado, também exigia deste a prestação se serviços públicos, tornando os direitos positivados, logo sugira ao Estado uma obrigação de fazer, vinculada a prestação de serviços de saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros³⁸.

2.2.6 Direitos fundamentais de Terceira Geração

Percebe-se nas gerações dos direitos fundamentais, que sugeriram em momentos históricos de carência social, onde a sociedade perecia ante um estado autoritário e despreendido de suas obrigações sociais.

Os direitos de terceira geração abrange tem em si um caráter difuso, tanto quanto aos seus legitimados, quanto ao seu marco histórico inicial, que é indefinido. Eles relacionam-se com homem não enquanto indivíduo, mas sim com a humanidade ou determinados grupos humanos e por isso

³⁶ JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, 2012.

³⁷ LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.Pg. 52

³⁸ LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.Pg. 52

difusos, coletivos e transindividuais. São exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à sadia qualidade de vida, ao desenvolvimento e à paz³⁹.

A terceira geração de direitos segundo vários autores tem sua data de surgimento indefinida, sendo eles direitos de solidariedade e de fraternidade⁴⁰, no Brasil marca-se o seu surgimento com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse período foi marcado pelo fim do militarismo, situação onde por muitas vezes os direitos sociais e políticos eram violados pelo Estado, ficando a população a mercê do ente estatal. Somente com o advento da Constituição Federal que os direitos do homem foram elevados á fundamentais, ou seja, direitos advindos da condição humana.

O texto constitucional de 1988, embora já tivesse sido insinuado nos textos de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de terceira geração ou dimensão, marcados pelo lema da solidariedade ou fraternidade, evidenciando, assim, os direitos transindividuais⁴¹.

A Carta Magna elencou direitos como direitos difusos e coletivos, sendo por definição aqueles direitos que não tem sua titularidade definida, identificada, ou seja, pertencem a um número indefinido de titulares.

Sem duvidas, a Constituição Federal de 1988 maximizou os direitos inerentes aos seres humanos de uma forma que nunca havia sido positivado no ordenamento brasileiro, todos esses direitos, quando efetivados conjuntamente, garantem que um individuo conviva em sociedade com aspecto de dignidade.

No que concerne ao direito a moradia, sabe que o exercício de tal direito está longe de ser gozado por todos os brasileiros em sua forma plena, tal pensamento se vê retratado na grande quantidade de moradias irregulares que se verificam em quase todas as cidades do território nacional, como resultado de uma política de interesses e dos elevados índices de pobreza que assola parte da sociedade.

O direito a moradia elevado pela Carta de 1988, é um direito mais complexo do que o nome expresso, pois, moradia não vem a ser apenas o espaço físico, o

³⁹ Idem, .Pg. 52.

⁴⁰ JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, 2012.

⁴¹ LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.Pg.54.

prédio, a casa ou a estrutura que abriga uma determinada pessoa. Tal direito, se sobrepõe simples propriedade de um imóvel, revelando se como um abrigo, um refugio de intimidade e conforto do lar. Logo percebe se o quão importante é o direito a moradia para que um individuo possa viver dignamente em sociedade, pois todo individuo precisa ter um lugar no mundo para se auto afirmar como integrante de um grupo, de uma civilização.

Entretanto, apesar do direito a moradia ser considerado tão importante para a efetivação da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir que o individuo cuja obrigação tenha sido contraída por fiança locatícia, tenha seu bem de família penhorado para satisfação de um débitos de aluguel. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi sancionada em outubro de 1991 a Lei 8.245 que inseriu o VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, admitindo em direito a penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

3 IMPENHORABILIDADE/PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

A proteção jurídica do único imóvel residencial familiar esta relacionada diretamente a proteção do indivíduo e de toda sua família, principalmente no que se diz respeito a efetividade da dignidade humana prevista na Constituição Federal de 1988. Sabe-se que a habitação é um problema serio e recorrente na sociedade brasileira, e que o estado não se faz eficiente de modo a garantir a todos o exercício de tal direito, logo, o dispositivo que trouxe dispositivo da impenhorabilidade do bem de família, é uma prevenção para que aqueles que estão em exercício do direito de habitar, não sejam destituídos desse direito fundamental em face de interesse econômico.

Apesar de se conceber que o bem de família é essencial para proteção da entidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir que um sujeito possa ter seu único imóvel residencial familiar penhorado para satisfação de obrigação contraída em contrato de fiança de locação imobiliária, ou seja, por advento da Lei do Inquilinato passou a admitir que uma pessoa possa perder seu imóvel residencial para satisfazer uma obrigação de cunho econômico.

Após a promulgação da Lei do inquilinato em 1991, houve uma grande insegurança jurídica quanto a constitucionalidade da norma, pois muitos tribunais acabavam por não conceber que o bem de família pudesse ser penhorado, dado a sua fundamentalidade. Muitas foram as discussões acerca da matéria, até que em 2006, por meio de Recurso Extraordinário a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo entendeu pela constitucionalidade da norma, porém, apesar da matéria ter sido apreciada pelo supremo, a mesma não tem caráter vinculante, o que faz com que, haja muitas divergências entre os tribunais a respeito do tema.

3.1 Bem de Família: o conceito e disposições gerais

O bem de família tal qual conhecemos hoje, registra-se historicamente na sociedade Romana, onde todo patrimônio da família tinha caráter de inalienabilidade, em razão do princípio da perpetuação dos bens dos antepassados,

que eram considerados sagrados, em se tratando de uma perpetuação também de linhagens, toda essa herança histórica da memória dos antepassados deveriam ser preservadas⁴². Segundo Gavineski:

Mais adiante, com as mudanças sofridas pela sociedade e com as alterações nas nos núcleos familiares romanos, fez-se necessário proteger o patrimônio familiar, assim, originariamente em testamentos, criaram-se às cláusulas de inalienabilidade, como por fideicomisso, espécie de substituição testamentária na qual o herdeiro, conhecido como fiduciário, obrigava-se a transferir o bem recebido em herança a outrem, denominado fideicomissário, expressava uma forma de proteção à instituição familiar⁴³.

O caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988 aduz que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Segundo o texto constitucional a família é a fonte da estruturada sociedade brasileira, e como por lógica não é possível efetivar a proteção da família se antes garantir-lhes um direito fundamental para manter a integridade física e moral de uma família, “o direito a moradia”⁴⁴.

Com o afincio de proteger a moradia, devido as dificuldades relacionadas a habitação no cenário brasileiro, o legislador previu também a possibilidade do individuo perder sua moradia, dessa forma instituiu a criação do bem de família com intuito de proteger a moradia da família brasileira⁴⁵.

O bem de família no ordenamento tal qual conhecemos hoje é uma copia adaptada do direito norte americano. Historicamente o direito a moradia surge no século XIX, quando uma grave crise financeira assolou alguns estados americanos foi sancionada uma lei por nome “homestead act” que vedava a penhora de pequenas propriedades que se destinasse a moradia do devedor e de sua família, tal matéria legislativa acabou por se difundir por todos os Estados Norte-Americanos⁴⁶.

Como resultado da crise houve uma grande insolvência dos devedores, dado a grande desvalorização da moeda americana no cenário mundial, ficando muitos americanos inadimplentes junto aos bancos e outras instituições financeiras. Que levou as instituições a proceder com a penhora inclusive dos imóveis residenciais. O

⁴² GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**.. Rio Grande do Sul .2013. Pg. 58.

⁴³ Idem. Pg. 50.

⁴⁴ Idem. Pg. 59.

⁴⁵ Idem. Pg. 59.

⁴⁶ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito. Civil: Contratos em espécie**. 12.ed. São Paulo Atlas 2012. Pg. 395.

que houve foi que a lei “*homestead act*”, protegeu o família e seu imóvel residencial, uma vez isentado a de penhora em execução judicial em terras inferiores a cinquenta acres⁴⁷.

A proteção do imóvel residencial familiar no ordenamento jurídico brasileiro, foi implementado pelo Código Civil de Beviláqua, entendimento que Gavineski, lembra que;

“(...) por força dos artigos 70 a 73 , ainda que não tenha completa aceitação pela sociedade. Talvez porque na forma que foi instituída a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar, implica também na sua inalienabilidade”⁴⁸.

Ocasionalmente de fato uma “verdadeira imobilidade patrimonial”⁴⁹, pois em via de regra o imóvel familiar era inalienável e mesmo o agente onerando seu imóvel de obrigação este não poderia ser lhe retirado por advento dos artigos 70 a 74 do Código Civil de 1916.

São varias as conceituações sobre o que são bens de família, porem, em caráter geral, bem de família é “uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em beneficio da constituição e permanência da de uma moradia para o corpo familiar”⁵⁰.

Conforme já dito o bem de família visa a proteção da unidade familiar, que segundo o texto constitucional é a base da sociedade brasileira, dessa forma o conceito de família estende-se aos acessórios e pertences da família que são indispensáveis para assegurar o gozo pleno do direito a moradia. Logo o devedor não poderia sofrer constrição de seu bem de família para a satisfação de dívida, alvo de execução e penhora⁵¹.

O instituto do bem de família tende a impedir que um devedor seja privado de sua moradia, e, logo, de uma vida digna. Segundo Fabio Uchoa Coelho, mesmo que um devedor esteja errado ao descumprir uma obrigação, não se vê justo privá-lo de seu imóvel para a satisfação da dívida, condenando tanto ele quanto sua família a

⁴⁷ COELHO. Fabio Uchoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. Pg.30.

⁴⁸ GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**. 2013. Pg. 61.

⁴⁹ Idem, Pg. 61

⁵⁰ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito. Civil: Contratos em espécie**. 12.ed. São Paulo Atlas 2012. Pg. 397.

⁵¹ PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro. 2012. Pg. 603

uma situação de desabrigo e miséria⁵². Sobre o entendimento do autor, aceitar que o devedor e sua família sejam condicionados a uma situação de sem-teto para fazer cumprir uma obrigação, é o mesmo que subjugar um direito fundamental a um direito meramente patrimonial.

Segundo conceitos, pode-se entender a natureza jurídica do bem de família em duas espécies: bem de família voluntario e bem de família legal. O bem de família voluntario, também conhecido como bem de família convencional, fundamenta-se na proteção econômica do mínimo necessário a subsistência familiar, já o bem de família legal, tem por fim proteger a moradia da família⁵³.

A instituição do bem de família voluntario enseja em solenidades como escritura pública ou testamento com ônus (registra-se como bem de família) devidamente registrado no serviço de registro de imóveis e documentos. No que se refere a instituição do bem de família Janaina Gavineski aduz nas seguintes formas:

São três as formas de instituição do bem de família voluntario: mediante escritura pública, lavrada em cartório de notas, no qual o instituidor indica os bens moveis e imóveis que constituirão, em conjunto, bem de família – neste caso, se for casado, haverá necessidade de instituição conjunta do outro cônjuge, salvo nos casos dos bens particulares ou se o regime for o da separação; também mediante testamento, no qual o herdeiro será o destinatário e beneficiário dos bens, desde que os aceite na qualificação de bem de família; e ainda por liberalidade de terceiro por escritura de doação ou testamento, com expressa aceitação de seu cônjuge, quando for casado⁵⁴.

No que tange a sua instituição, deve apresentar na escritura lavrada a isenção de dívidas futuras, bem como sua inalienabilidade do imóvel residencial, não podendo ter outro destino ou ser alienado sem o expresse consentimento dos interessados, decisão ou alvará judicial. No tocante de sua duração, o bem de família não tem sua duração pré-definida, tendo como condições o falecimento dos cônjuges ou maior idade dos filhos menores no ato da instituição.

Diferentemente do bem de família voluntario que se refere a consentimento e vontade dos interessados, o bem de família legal refere-se a normas de ordem

⁵² COELHO. Fabio Uchoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. Pg.30

⁵³ GANGLIANO. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. Ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 395.

⁵⁴ GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**. 2012. Pg. 74.

publica, posta no ordenamento jurídico brasileiro com afincos de proteger a entidade familiar. Nesse diapasão, a lei 8.009 de 29 de março de 1990, ampara o bem de família com sua impenhorabilidade, como o único imóvel usado em caráter permanente para a moradia/residência da entidade familiar.

O referido texto de lei não abrange tão somente a proteção da família, trata-se na verdade de um complexo protetivo que se assevera em torno da dignidade da pessoa humana, pautando-se nas normas constitucionais, de garantido direito a moradia a todo cidadão em consonância com os direitos sociais constitucionais. Nessa linha de entendimento, Rita de Cássia Correa de Vasconcelos, assevera que a proteção do direito à moradia se insurge num momento de instabilidade da economia, no qual prevê a necessidade do Estado atuar em prol dos interesses de uma coletividade, a fim de valorizar o direito a moradia em relação aos interesses particulares. Tais situações se apercebem, em momento de crise econômica onde os cidadãos se tornam insolventes, entrando em inadimplência com seus credores que por sua vez procedem com a execução e penhora de bens, dessa forma, “diante da imprevisibilidade da economia de nosso país, comprometendo consideravelmente o setor habitacional”⁵⁵.

Certamente é correta a afirmação de que o bem de família legal amparado pela Lei 8.009/90 é uma evolução do bem de família voluntário, devido sua grande importância para a manutenção da família em condições de dignidade, basicamente, ressalva o imóvel familiar da intenção dos credores.

O que diferencia o bem de família legal do voluntário é a falta de solenidade, pois diferente do voluntário, o bem de família legal não necessita de escritura lavrada no Serviço de Registro de Imóveis, independe desta formalidade para que o devedor invoque sua proteção. Isto, pois, a força de uma tornou impenhorável o único imóvel da unidade familiar, e, adiante, estendido aos solteiros e viúvos por entendimento do Superior Tribunal de justiça. Sendo assim, mesmo que a denominação seja “bem de família” e dar a entender pela proteção de um núcleo

⁵⁵ VASCONCELOS. Rita de Cassia Correa de. **A Impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002. pg. 45.

familiar, “a justiça passou a entender que se trata de instrumento de proteção da pessoa do devedor, tendo ele ou não família, morando ou não sozinho”⁵⁶.

A impenhorabilidade do bem de família legal estende-se as benfeitorias, equipamentos de uso profissional ou moveis, do imóvel residencial, não estando amparadas por este instituto as obras de arte, objetos de adornos, jóias entre outros, logo, só é protegido o que em suma é essencial para o desenvolvimento no núcleo familiar, assegurando deste modo o pleno desenvolvimento de seus membros e o efetivo cumprimento do preceito constitucional elencado no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a família e a base da sociedade brasileira devendo ser protegida pelo estado.

3.2 Exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador

O *homestead act*, do direito norte-americano foi o precursor da humanização da execução e da penhora de bens, visando a proteção do mínimo subsistencial ao desenvolvimento da família, garantindo aos cidadãos os recursos para a sobrevivência dos seres humanos, bem como de ter uma vida digna⁵⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro elencou a proteção do direito a moradia no artigo 226 inciso IX da Constituição Federal, no qual aduz que a família é uma entidade especial que merece a proteção dos entes federados (no inciso IX do artigo supracitado, a Carta Magna atribui obrigação da proteção à família a União, Estados, Municípios e Distrito Federal), o direito de morar também foi consagrado pelo artigo 6º da Carta Magna, o só reforça a preocupação do constituinte em elevar esse direito.

Toda norma brasileira, em tese, advém dos princípios e normas constitucionais, toda matéria elevada na lei maior deve ser regulada e abrangida por meio de Legislação Complementar⁵⁸. Assim para efetivar o que foi ordenado

⁵⁶ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. Pg. 521.

⁵⁷ AZEVEDO. ALVARO VILLAÇA. **Bem de Família Internacional**: o bem de família nos Estados Unidos da América do Norte. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2257/bem-de-familia-internacional#ixzz3LSRD6Pfh>. Acesso em: 09/12/2014.

⁵⁸ GOMES. Magno Federici. **Fiança e Locação**: A Impenhorabilidade Processual do Patrimônio Mínimo Familiar do Fiador Locatício. Disponível em:

constitucionalmente, foi estatuída a Lei 8.009/90 visando a defesa da entidade familiar. No entanto a impenhorabilidade do bem, de família torna-se relativa, a medida de que pode ser alvo nos casos elencados pelo artigo 3º da referida lei, no qual aduz que:

(...) a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido;

I. em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II. pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III. pelo credor de pensão alimentícia; para cobrança de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

IV. para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

V. por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VI. por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.⁵⁹

Conforme o artigo 3º da lei 8.009/90 essas sete hipóteses não encontram amparo nos ditames da impenhorabilidade dos bens de família. Contudo, para a indagação deste trabalho pauta-se no inciso VI deste artigo, que foi inserido pela Lei 8.245/91, a lei do inquilinato, que dispõe acerca da locação de imóveis residenciais ou não residenciais, segundo qual é admitido a penhora do bem de família do devedor, quando a obrigação deriva da prestação de fiança.

Esse dispositivo legal gera uma grande divergência de entendimentos sobre a amplitude da prestação de fiança, porém, para grande parte da doutrina inclina-se a divergir com a norma legal, isto pois da maneira que a norma esta posta, não diferencia tratamento entre um fiador de locação de imóvel residencial e um fiador para qualquer outra modalidade de locação. A Lei simplesmente determina que a impenhorabilidade dos bens de família não se estende aos bens de fiadores em contratos de locação.

Segundo Credie citado por Gavineski “imaginava-se que a fiança fosse eliminar a impenhorabilidade da residência do fiador quando fosse prestada em

http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422140019.pdf. Acesso em: 19/10/2014.

⁵⁹ Artigo 3º da Lei 8.009/90, Lei do Bem de Família.

contratos de locação residencial, diante da crise habitacional que assola o país”⁶⁰. Contudo criou uma situação bizarra ao modo que “não fez nenhuma ressalva ou distinção, permitindo que a fiança seja contratada também nas locações não residenciais, se instaurada a execução e apreendido bem de família de quem presta a garantia”⁶¹.

É compreensível que a Lei do inquilinato surge num momento de crise no setor habitacional, pois, a inadimplência do setor de locações poderia gerar uma desestabilidade financeira no setor, porém, é não justo subjugar um direito humano fundamental a um direito de cunho meramente patrimonial, beneficiando um setor e consequentemente resguardando a economia. De outra banda, o mesmo estado que instituiu o bem de família, como inerente e direito de todo cidadão, agora o torna penhorável em detrimento da estabilidade econômica do setor imobiliário, o que se encontra em disparidade, pois visto que sua maior obrigação é a proteção da família, por se tratar de matéria constitucional.

3.3 Visão doutrinária e Jurisprudencial

Toda a discussão que se assevera ao entorno da exceção a impenhorabilidade do bem de família, encontra-se fundado no fundamentalidade do direito a moradia, em concernência com o principio da dignidade da pessoa humana⁶². Conforme mencionado anteriormente, em muito se discute sobre a legalidade da constrição dos bens do fiador locatício, isto, pois, o direito a moradia tal qual conhecemos, está pautado e fundamentado na Lei Maior, mais precisamente no artigo 6º da constituição federal que dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a *moradia*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁶³”. Os direitos sociais exercem um caráter de fundamentalidade ao modo que se o cidadão não gozar de tais direitos, fica

⁶⁰ CREDIE. Ricardo Arcoverde apud GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**. Rio Grande do Sul. 2013. Pg. 75.

⁶¹ COELHO. Fabio Uchoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. Pg.39.

⁶² GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**. Rio Grande do Sul. 2013. Pg. 75

⁶³ Artigo 6º da Constituição Federal de 1988

impossibilitado ao estado democrático de direito garantir ao cidadão os direitos fundamentais aos quais se referem a ordem constitucional.

No demais, a constituição novamente consagra o direito a moradia, estabelecendo também a importância não só do indivíduo, mas sim de seu núcleo familiar⁶⁴, haja vista que, no caput do artigo 226 da Carta Magna, aduz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Apesar do texto constitucional do artigo 226, não trazer expressamente a proteção da moradia, tal direito se apresenta de maneira implícita dentro da situação elidida do dispositivo, ora, pois, não seria plausível conceber a proteção do núcleo familiar sem a proteção do único imóvel residencial usado como moradia para os sujeitos daquela unidade familiar.

3.3.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

As discussões sobre a exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, são tão polêmicas que no ano de 2006 o Supremo Tribunal Federal, teve de se manifestar, e posicionar-se sobre a matéria, em julgamento de recurso extraordinário, onde por maioria não unânime, os ministros acompanharam pelo voto do relator, ministro Cezar Peluzo, admitindo a penhora do bem de família do fiador, cuja obrigação contraída concessão de fiança em contraste de locação. O entendimento do supremo fundou-se na autonomia da vontade e na liberdade individual, segundo qual se o fiador expressou vontade de garantir obrigação contraída por devedor, esta se submete as mesmas obrigações do devedor, em verdade o fiador surge com maior importância, pois figura como garantia de recebimento dos créditos referentes a locações.

No aludido julgamento do Recurso Extraordinário 407.699/SP, o Supremo Tribunal entendeu pelo seguinte, conforme ementa:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora do seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito a moradia, previsto no art. 6º da CF/88. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da lei 8.009/90, com redação dada

⁶⁴ COZER. 2011. Pg. 262 apud GAVINESKI. Janaina. **A penhora do bem de família do fiador locatício á luz do direito fundamental a moradia**. Rio Grande do Sul. 2013. Pg. 78.

pela lei 8.245/91. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. Penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009 de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição Federal⁶⁵.
?

A decisão foi proferida pelo plenário, com a manifestação de todos os ministros que participaram do julgamento. Sendo que alguns votaram pela inconstitucionalidade, e em sua maioria pela constitucionalidade do dispositivo.

O referido recurso foi julgado improcedente por maioria não absoluta de votos, segundo quais se manifestaram pela sua improcedência o relator do recurso Ministro Cezar Peluso, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Ellen Gracie, Ministro Marco Aurélio, Ministro Sepúlveda Pertence e Ministro Nelson Jobim. Sobre esse entendimento do ministro relator Tartuce entende:

Segundo o relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, a lei do Bem de Família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Entendeu, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qual quer lesão à isonomia constitucional. Por fim, alegou que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988⁶⁶.

A respeito da situação aduz o ministro Cezar Peluso (relator):

(...) não era sólida a alegação de que a penhora do bem de família recorrente violaria o disposto do art.6 da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional 26 de 15 de fevereiro de 2000, ora pois, a regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana⁶⁷.

De acordo com Ministro Cesar Peluso, relator do processo, “o direito à moradia, enquanto direito social, deveria ser visto de forma ampla, e não apenas sob a ótica dos proprietários de um imóvel”⁶⁸. O ministro entendeu que não se confunde direito a moradia com direito á propriedade imobiliária, de modo que o reforço das garantias contratuais em contratos de locação é sempre valido ao passo que

⁶⁵ STF. RE. 407.688-8 SP. **Plenário do Supremo Tribunal Federal**. Relator: Cezar Peluso. Julgamento: 08/02/2006.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **A penhora do Bem de Família do fiador de locação**. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, mar. abr/2006. p. 11-15.

⁶⁷ STF. RE. 407.688-8 SP. **Plenário do Supremo Tribunal Federal**. Relator: Cezar Peluso. Voto do ex-ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 08/02/2006.

⁶⁸ DOS SANTOS, Maiara Aparecida Galdino. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 24, n. 24, 2013. Presidente Prudente-SP. 2012. Pg.60.

incrementam a oferta de imóveis para fins de habitação. De acordo com o ministro, existe uma dupla face que norteia o dilema, que se vai do direito simultâneo e subjetivo do fiador, com fundamento na autonomia da vontade, ao direito a moradia do fiador⁶⁹.

Segundo o ex-ministro ministro Cesar Peluso “a tutela à moradia abarca principalmente o não proprietário, e valendo-se do argumento de que os locadores não locam sem garantia”⁷⁰, dessa forma, entendeu o ministro que o Estado deve concretizar o direito à moradia, estabelecendo, na hipótese de ser exigida garantia como condição de acesso ao mercado imobiliário das locações, exceção à impenhorabilidade do bem de família. Afirma ainda que o direito a moradia é muito mais complexo que o direito patrimonial, merecendo melhor interpretação, o direito a moradia diz respeito ainda ao direito do locador em ter um local para chamar de lar, para o ministro o fiador, está, na realidade, concretizando o direito de moradia de outro indivíduo, no caso o locatário, que para ter o seu direito assegurado, necessita do contrato de fiança⁷¹.

O voto do Ministro Relator acabou por ser seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, sendo que para o último, a exceção a impenhorabilidade prevista pela Lei 8.009/90, com redação dada pela Lei 8.245/91 (lei do inquilinato) centra-se no embate de dois princípios fundamentais que devem ter igual tratamento, sendo: direito social à moradia, direito social garantido pelo estado x direito à liberdade, a mais outra expressão da autonomia da vontade⁷². O ministro afirmou ainda que ambos os direitos merecem igual tutela, em nossa constituição, de modo que é uma tarefa muito complexa estabelecer os limites de sua aplicação⁷³.

O ministro afirma ainda “a singularidade está no fato de que a violação de um direito fundamental não se dá no bojo de uma típica relação jurídica que se estabelece entre o titular do direito e um órgão estatal, mas sim numa relação de

⁶⁹ STF. RE. 407.688-8 SP. **Plenário do Supremo Tribunal Federal**. Relator: Cesar Peluso. Voto do ex-ministro Cesar Peluso. Julgamento: 08/02/2006.

⁷⁰ DOS SANTOS, Maiara Aparecida Galdino. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Interitem@ s ISSN 1677-1281**, v. 24, n. 24, 2013. Presidente Prudente-SP. 2012. Pg.60.

⁷¹ DOS SANTOS, Maiara Aparecida Galdino. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Interitem@ s ISSN 1677-1281**, v. 24, n. 24, 2013. Presidente Prudente-SP. 2012. Pg.60.

⁷² Idem. Pg. 60

⁷³ STF. **RE. 407.688-8 SP**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cesar Peluso. Voto do Ministro Cesar Peluso. Julgamento: 08/02/2006

particulares”⁷⁴, porém, o mesmo é do entendimento do mesmo que os direitos fundamentais aplicam-se de maneira igualitária nas relações entre particulares.

Mesmo afirmando que sob seu entendimento os direitos fundamentais devem ser aplicados igualmente nas relações privadas, o Ministro Joaquim Barbosa, no seara das relações privadas, a incidência das normas de direito fundamentais, devem ser aferidas de acordo como caso a caso, com elevada cautela, para que não conflite de maneira demasiada com a autonomia privada de cada indivíduo.

Logo pelo entendimento do Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, aquele que afiança manifesta livremente sua vontade de obrigar-se a pela contratação do locatário, assumindo todas as consequências da fiança, até mesmo da perda de seu único imóvel.

Também apoiando o voto do relator, se pronunciou a Ministra Ellen Gracie, segundo qual considerou que os princípios constitucionais, bem como o instituto da impenhorabilidade do bem de família garantem a proteção do núcleo familiar, assim o fato é que a Constituição assegura um amplo acesso à moradia, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação, logo, não havia de se falar em inconstitucionalidade não exceção à impenhorabilidade⁷⁵.

Apesar do julgamento do referido recurso ter entendido pela constitucionalidade da penhora do único imóvel residencial do fiador de contrato de locação, faz-se necessário entender que não restou unânime a decisão, sendo que foi negado provimento do recurso extraordinário por maioria não absoluta de votos, havendo votos vencidos, conseqüentemente com posicionamentos adversos ao entendimento que se deu o acordo.

Apesar de vencidos os votos dos ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Melo, seus entendimentos trazer uma visão constitucional, tanto quanto mais, linear ao disposto do ordenamento constitucional brasileiro. O ministro Eros Grau em seu voto deu provimento ao recurso, com fundamento de que “a impenhorabilidade do bem de família instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto as

⁷⁴ STF. **RE. 407.688-8 SP**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 08/02/2006.

⁷⁵ DOS SANTOS. Maiara Aparecida Galdino. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 24, n. 24, 2013. Presidente Prudente-SP. 2012. Pg.60.

necessidades materiais⁷⁶". O ministro defende que o instituto do bem de família, por garantir a subsistência do indivíduo e de seu núcleo familiar, acaba por ter uma função social individual. Segundo suas palavras:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Ai, 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 individual⁷⁷.

O ministro Eros Grau, em seu voto, aponta uma situação fática que possivelmente poderia vir ocorrer, segundo o ministro:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado ao fiador de uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar alugueis, com 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 esta poupar para pagar prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho benefício da impenhorabilidade⁷⁸.

Tal situação aludida pelo ministro, apesar de hipotética, merece respaldo, pois se vê possível de ocorrer de fato, e se ocorrendo, causaria uma grande injustiça social, promovendo uma desigualdade entre indivíduos em situações similares conexas.

Em seu voto, o ex-ministro Eros Grau por muitas vezes fez menção a uma proteção do setor imobiliário de locações, afirma ainda que cabe ao poder público preocupar-se com políticas adequadas a satisfazer as necessidades do mercado, cabendo ao tribunal à proteção da constituição, deixando ao poder público os incentivos ao mercado.

Outro a se posicionar de modo desfavorável á exceção á impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação imobiliária é o ministro Carlos Brito, o julgador apontou oportunidades em que a Constituição Federal usou o substantivo moradia, sendo que:

(...)a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é um direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som que a

⁷⁶ STF. RE. 407.688-8 SP. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Voto do ex-ministro. Eros Grau. Julgamento: 08/02/2006.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

moradia se inclui que a moradia se inclui entre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de 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 Municípios⁷⁹.

O que o ministro Carlos Brito entendeu foi que o direito à moradia tem um caráter de especialidade no tratamento constitucional, haja vista ter sido abordado em três oportunidades pelo constituinte, demonstra a preocupação constitucional em garantir a proteção desse direito ao cidadão, acaba por entender também, um caráter de vitaliciedade da moradia para um indivíduo e sua família. Inclusive, apontando o disposto do artigo 23, inciso IX da Constituição Federal, em que se atribui aos entes da federação a obrigação de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Também apontado para a essencialidade do direito a moradia, votou o ministro Celso de Melo, o ex-ministro em seu voto afirma que “a essencialidade desse direito também é proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que nosso país aderiu, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais que dispõe sobre o direito a moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda pessoa”⁸⁰. O ex-ministro aduz ainda que a Constituição positivando o direito a moradia, reflete de maneira inequívoca, da importância da preocupação do estado brasileiro com o plano internacional, assumindo compromissos de implementação e concretização de prerrogativas já elididas no plano internacional pelos tratados, como exemplo, cita-se a Conferência do Habitat II em Istambul, segundo a qual os governos devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar e promover o direito a moradia a todas as pessoas. Tal preocupação do legislador brasileiro se evidencia ao atribuir obrigação dos entes federados a obrigação de proteção e promoção do direito a moradia, nos moldes do inciso IX do artigo 23 da Constituição federal.

Findando o julgamento, foram sete votos pela constitucionalidade da exceção a impenhorabilidade do bem de família em obrigação decorrente de fiança em

⁷⁹ STF. **RE. 407.688-8 SP**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Voto do ex-ministro Carlos Brito. Julgamento: 08/02/2006.

⁸⁰ STF. **RE. 407.688-8 SP**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Voto do ex-ministro. Celso de Melo. Julgamento: 08/02/2006.

contrato de locação, contra três votos aludindo pela sua inconstitucionalidade, a tal maneira, restou entendido por maioria não unânime que é constitucional a exceção a impenhorabilidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

3.3.2 Entendimentos dos Tribunais após RE 407688-SP

Contudo, apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal tal entendimento foi considerado linear, tendo em vista que vários tribunais ainda se contrariam o entendimento proferido em plenário pela tribuna maior do judiciário brasileiro, muitas são as decisões que se inclinam a condenar a exceção de impenhorabilidade do único imóvel residencial, conforme ementas dos tribunais que se segue abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIADOR. PENHORA RECAÍDA SOBRE O ÚNICOIMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA MORADIA E DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EXEGESE DO ARTIGO 1º DA LEI N. 8.009 /1990 E ARTIGOS 5º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A exceção à regra da impenhorabilidade contida no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009 /1990, por obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação, fere o princípio da isonomia e o direito fundamental à moradia, insculpido no art. 6º da Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel pertencente ao fiador de contrato locatício quando único e utilizado pela entidade familiar para fim residencial⁸¹.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - IMPENHORABILIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA - VIOLAÇÃO PELO INCISO VII DO ARTIGO 3º DA LEI 8.009/90, ACRESCIDO PELO ARTIGO 82 DA LEI 8.245/91 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE SÚMULA VINCULANTE DO STF EM SENTIDO CONTRÁRIO - CONTROLE DIFUSO REALIZADO PELO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE NO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE 0003/2008 - RECURSO DESPROVIDO - DECISAO UNÂNIME⁸².

Tal questão nos remete a legalidade das decisões dos tribunais, pois se a matéria foi julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal é legítimo um juiz ou desembargador dar sentença de maneira a contrariar o entendimento dos ministros? Seriam inconstitucionais tais decisões? A resposta a esses questionamentos estão

⁸¹ TJSC. AI 209671 SC 2011 . 020967-1(TJ-SC). 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Fernando Carioni. Data do Julgamento 27/09/2011.

⁸²TJSE. AI 2008203947. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Cláudio Dinart Déda Chagas. Data de Julgamento: 05/05/2009

no artigo 103-A da Constituição, sobre o qual diz que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei⁸³.

Logo, apesar de ter sido julgado em plenário do STF o RE 407.688-SP não vincula a decisão dos tribunais, pois para uniformizar o entendimento sobre a matéria seria necessário que o supremo aprovasse a questão em sumula vinculante. De tal maneira, mesmo que a matéria já tenha sido apreciada pelo órgão maior do judiciário brasileiro, está não obriga os magistrados e desembargadores em acompanhar o acórdão do supremo⁸⁴.

Nesse prisma, muitos julgadores continuam a sentenciar adverso do entendimento do Supremo, como exemplo pode citar o emérito Desembargador Viçoso Rodrigues, que ao julgar o Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/MG Julgado em 2008, conforme se lê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE - IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família⁸⁵.

Ponderou o desembargador que o bem de família protege não somente a pessoa do devedor, mas sim todo o núcleo familiar, conforme disposto no artigo 226

⁸³ Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

⁸⁴ DOS SANTOS. Maiara Aparecida Galdino. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO. *Interitem@s* ISSN 1677-1281, v. 24, n. 24, 2013. Presidente Prudente-SP. 2012. Pg.63.

⁸⁵ TJMG. **AI.1.0480.05.076516-7/002**. Relator: Desembargador Viçoso Rodrigues. Julgamento: 13/08/2008.

da Constituição federal. Logo, é incongruente admitir que o devedor(fiador), renuncie seu direito a moradia, em detrimento de seu direito constitucional a liberdade individual, acabaria por aceitar também que por liberalidade um indivíduo renunciasse não só o seu direito, mas de toda a família.

Percebe-se uma grande aversão à matéria por parte de muitos julgadores, porém, a maioria da jurisprudência acaba por ratificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal. E apesar da matéria causar uma grande indignação, ao passo que promove uma injustiça no tratamento de duas pessoas que em tese possui características conexas, pois, devedor e fiador possuem responsabilidades solidárias, logo, possui a mesma condição jurídica no que se refere a obrigação de adimplir, no entanto o fiador é o único que pode sofrer a constrição de seu bem de família. De tal maneira ocorre um tratamento excepcionalmente desigual entre indivíduos em situações similares.

4 EXCEÇÃO DO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO: EVENTUAL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O direito é produto da criação humana e tem por pretensão, regular as condutas dos indivíduos que compõem uma sociedade, com interesse de promover uma pacificação social. Sabe-se da importância da regulamentação das condutas nas relações entre pessoas, isto, pois, em relacionamento as partes tendem a conflitar. Dessa forma, sendo o Estado um ente eleito para gerir as relações interpessoais, deve garantir que essas relações ocorram de maneira pacífica e cordial, daí a criação do direito, uma criação de ordem social para manter a paz e ordem nas relações entre homem/homem e homem/Estado.

Num ordenamento republicano, como no Estado brasileiro, a norma de regulamentação com maior expressão é a sua constituição, na realidade, a norma constitucional e a Norma Maior dentro do ordenamento jurídico, isso porque a constituição elenca uma série de preceitos e princípios que devem nortear a organização estatal e jurisdicional dentro do estado. No Brasil, convivemos em um Estado Democrático de Direito, o qual prega princípios de liberdade, igualdade, dignidade, etc., segundo esse modelo de Estado obrigação do estado garantir aos indivíduos direitos fundamentais, bem como atuar de forma a não subjugar esses direitos do indivíduo por meio da atividade estatal.

4.1 Direito à Moradia à luz dos princípios Constitucionais

No que tange o tema deste trabalho, cabe observar os que o Ordenamento Jurídico Constitucional, assevera sobre o direito a moradia em seus princípios constitucionais, devendo para tanto observar os princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade individual e da autonomia da vontade, e da função social do imóvel.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e respeito ao ser humano

A dignidade da pessoa humana é reflexo da preocupação em se preservar a integridade física, moral e intelectual do ser humano, isto, pois, ao longo de toda história do homem, muitos fatos testemunham a capacidade humana em ser cruel consigo mesma, em muitas situações, ficou-se claro a importância de dar proteção a pessoa humana.

A visão do Estado Democrático de Direito Brasileiro, preconizado através de sua constituinte de 1988, dispõe que deve fundamentar-se no respeito “aos seres humanos e a democracia, os quais são assegurados aos brasileiros e estrangeiros sem distinção da lei⁸⁶”. A lei maior positivou primeiramente os direitos fundamentais individuais em seu artigo 5º, segundo dispõe que “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”⁸⁷.

Por conseguinte a Magna Carta elevou a sua fundamentalidade, os direitos sociais, sendo também indispensáveis ao ser humano para que viva em sua plenitude, elencando um rol de direitos a serem garantidos a todos na forma da Constituição, que conforme o artigo 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁸⁸”.

O conteúdo dos direitos fundamentais não tem dimensão física, “não possuem um conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais são intransferíveis, irrevogáveis e indisponíveis, não de admitindo serem alcançados pela prescrição”⁸⁹.

No que concerne o direito à moradia, pode-se entender que vai além de ter uma casa própria, conforme já afirmado anteriormente, vai além do simples direito patrimonial, muito embora para efetivar o acesso a tal direito, é indispensável que haja um prédio para residir. O direito à moradia tem amplitude muito maior que a

⁸⁶O artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁸⁷ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

⁸⁸ Artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

⁸⁹ NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense.2011. Pg. 387.

habitação de um imóvel, e esta relacionados com qualidade de vida, higiene, conforto, intimidade pessoal e familiar.

Para tanto, exige-se que o individuo tenha acesso a uma habitação digna, que reflete todos os padrões de qualidade e saúde, de maneira que é obrigação do Estado garantir a todos os indivíduos a efetivação plena desse direito fundamental, pois o direito de ter uma moradia digna tem o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na personalidade dos atores sociais, abrangendo a esfera moral e material. Certamente, é válido afirmar que não se pode conceber a dignidade em um ser humano vagando nas ruas sem moradia digna.

Em sua plenitude, pode-se afirmar que a o direito a moradia é essencial para concretização de todos os direitos sociais elencados pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, pois não seria plausível pensar que um individuo em que perambula pelas ruas possa ter acesso a direitos sociais tal como educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Sendo assim é certo a afirmação de que o direito a moradia, é dos direitos elevados pela constituição, um dos mais importantes, para a concretização da dignidade do ser humano e preservação do ser humano.

4.1.2 Princípio da igualdade ou da isonomia e a diferença de tratamento entre bem de família do fiador e do devedor principal

Segundo o Dicionário Aurélio, o significado de igualdade é qualidade de igual, entre duas coisas e pessoas comparadas, é a inexistência de incongruências sob determinado ponto de vista, entre dois ou mais elementos comparados, podendo ser objetos, indivíduos, ideias e qualquer coisa que possa ser comparado.

Jose Afonso da Silva, dispõe que:

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que o regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido

material que não harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa⁹⁰.

Quanto a igualdade constitucional, diz respeito a norma que impõe obrigação de tratar todos os indivíduos da mesma maneira. A regra básica é que os iguais devem ser tratados da mesma forma (por exemplo o peso do voto de todos os eleitores deve ser igual). Mas como devemos tratar os desiguais, por exemplo, os ricos e os pobres? De acordo com Lenza:

“deve -se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*) quando todos são tratados da mesma maneira, mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades⁹¹.”

A igualdade positiva descrita na lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal. Verifica-se claramente que a igualdade está relacionada diretamente com o princípio da dignidade humana, em que uma vez dotados de humanidade, todos os indivíduos são sujeitos de direito, devendo obter tratamentos de maneira igualitária⁹². Ocorre que essa isonomia formal, não obteve eficiência, justamente por não considerar as circunstâncias peculiares de cada indivíduo.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, essa interpretação formal da norma não se efetiva pois:

(...) a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social⁹³.

Desses pressupostos apontados pela autora, temos a igualdade material, com fundamentos nas circunstâncias sociais que assenta os indivíduos, partindo desse ponto, pode-se entender que o princípio da igualdade constitucional, tem caráter de justiça social, pois não faz apenas uma análise fria dos indivíduos considerando-os

⁹⁰ SILVA. Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed.. Revista e Atualizada. Malheiros. São Paulo. 2006. Pg. 211.

⁹¹ LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. Ed., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 973.

⁹² MACIEL. Alvaro dos Santos. **A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras**. Obtido em: <http://www.ambitojuridico.com.br>. acesso em: 11 de Outubro de 2014.

⁹³ ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Pg. 3.

todos iguais perante a lei, sem levar em consideração fatores essenciais como classe social, escolaridade, entre outros. A o princípio da igualdade material é aplicado em observância as condições sociais do sujeito, de maneira que deve-se tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Tal afirmação se demonstra exata, pois não daria para conceber que um individuo mais abastado financeiramente tivesse mesmo tratamento que outro sem recursos financeiros. Nesse sentido Ruy Barbosa aduz o seguinte:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real⁹⁴.

Um claro exemplo disso, é a prestação jurisdicional que em via de regra é onerosa, porém o acesso a justiça é um direito de todos, para isso é fornecido assistência judiciária á aqueles que não provem renda para arcar com custas judiciais, benefício este que não é concedido aos mais abastados economicamente.

Quanto à exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, resta dúvidas se a desigualdade de tratamento entre o devedor e seu fiador é concernente com oque preconiza a ordem constitucional. Isto pois, a constituição defende o direito social à moradia, como indispensável e indisponível do ser humano, por conseguinte a lei 8.009/90 dispõe em seu artigo 1º que o imóvel residencial familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei⁹⁵. Por sua vez, dentre as exceções previstas na parte final do caput do dispositivo legal, esta o bem de família do fiador em contrato de locação, que está elencada no inciso VII do artigo 3º da mesma lei.

A incongruência na aplicação deste dispositivo legal, esta no fato de que a letra da lei como esta posta, acaba por tratar de maneira desigual dois indivíduos em situações correlatas, isto pois, tratam-se ambos de devedores de uma obrigação, sendo estes diferenciados pela forma no qual contraíram a obrigação.

⁹⁴ BARBOSA. Ruy. Obtido em: http://pensador.uol.com.br/autor/rui_barbosa. Acesso em: 11 de Outubro de 2014.

⁹⁵ Artigo 1º da Lei 8.009/90

Desta maneira, aceitar que o bem de família de quem prestou fiança possa ser alvo de penhora judicial, enquanto preserva-se a o bem de família daquele que contraiu a obrigação principal de adimplir, é o mesmo que conceber que o bem de família do fiador tem menos valor do que o bem de família do devedor. Logo, seria o mesmo admitir que o Estado estaria dando maior importância a proteção do núcleo familiar de um indivíduo, por enquanto pormenoriza a importância de se proteger a entidade familiar o indivíduo cuja obrigação restou imposta por contrato de fiança.

4.1.3 Princípio da liberdade individual e autonomia da vontade

O direito a liberdade é uma condição daquele que é livre, tendo esta capacidade de agir por si mesmo, podendo este auto afirmar-se, auto determinar-se e ter autonomia para escolher e decidir tudo o que for relevante a si próprio⁹⁶.

Jose Afonso da Silva pondera a existência de duas formas de liberdades, a liberdade interna, também conhecida com liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou liberdade moral, que nada mais é do que o livre arbítrio, como manifestação interior de vontade do homem, sua manifestação do querer. Segundo o autor, “significa a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente ao indivíduo vale dizer, é poder de escolha, de opção entre fins contrários”⁹⁷. O autor aponta para a necessidade de saber se o indivíduo pode determinar-se de acordo com sua escolha, ou seja se o indivíduo tem condições de se orientar de acordo com a sua escolha, daí o sentido de liberdade externa.

Esta liberdade externa ou objetiva refere-se à capacidade do indivíduo em se orientar e se determinar de acordo com sua escolha, não sofrendo com coações ou obstáculos impostos pelo meio ao qual esta inserida, diz respeito a possibilidade do indivíduo exercer o livre arbítrio e agir livremente de acordo com orientações interiores. Externalidade do direito de liberdade se apresenta pelas normatizações que acabam por libertar os sujeitos de algo que às vezes acaba por ser impostos uma regra de conduta, preceitos religiosos ou políticos, que acabam por restringir

⁹⁶ SARMENTO. Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Rio de Janeiro. 2010. Pg. 167.

⁹⁷ SILVA. Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. Ed.. Revista e Atualizada. Malheiros. São Paulo. 2006. Pg. 231.

peças de seu direito de ser livre por motivos de classe social, raça, religiosidade, sexualidade, etc.

Essa externalização do direito a liberdade tem como ponto crucial na história humana, a Revolução Francesa, e com a redação da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, tendo no texto de seu artigo 1º a máxima de todos os homens são livres. Diz o referido artigo que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”⁹⁸. Em seguida o artigo 4º da declaração dispõe que:

(...) liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei⁹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, em regra “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”¹⁰⁰.

Dentre vários tipos de liberdade contemplados pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, como liberdade religiosa, sexual, política, de trabalho, de associação, etc., destacamos por ser de maior relevância para este trabalho, a liberdade contratual, que segundo Angélica Santana consiste:

(...) no poder das partes de estipular livremente mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses envolvendo além de tudo a liberdade de contratar, de escolher ou outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo princípio da função social do contrato, pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos¹⁰¹.

Silvio Rodrigues define o princípio da autonomia da vontade como uma prerrogativa de criarem relações jurídicas na ordem do direito, “desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam”¹⁰².

⁹⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

⁹⁹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹⁰⁰ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

¹⁰¹ SANTANA, Angélica. **Princípios fundamentais do direito contratual**. Rev. Npi/Fmr. agosto. 2011. Pg. 13.

¹⁰² RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.pg. 15.

No que se refere a autonomia da vontade, todo indivíduo é livre para contratar com outrem, desde que não incida sobre objeto ilícito, ou sobre, bens e direitos indisponíveis. A Constituição federal não preceitua de maneira expressa sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, tal definição é criação da doutrina e da hermenêutica, segundo qual:

Os interesses (ou direitos) sociais e individuais indisponíveis tratam daqueles tais que não podem ser retirados de um indivíduo. Indisponíveis porque deles não se pode dispor (abrir mão). Por exemplo: o direito à vida, à saúde, à moradia, à liberdade, à educação, ao trabalho, à cidadania, dentre outros¹⁰³.

A construção doutrinária preceitua que todo direito considerado fundamental ao homem é indisponível, de maneira que mesmo por força de sua vontade não poderia abrir mão ou contratar com outrem de maneira a cede-lo.

A Lei 8.009/90 é um preconiza que o único imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza. Sendo assim um indivíduo não pode ter seu único imóvel residencial penhorado para saldar dívida, pois seu direito a moradia é indisponível, há de se ressaltar que o direito a moradia não se refere à simples propriedade, entretanto, para que um indivíduo possa efetivar seu direito a moradia, é imprescindível a habitação de um imóvel.

A situação de um locatário que venha a inadimplir uma prestação esta claramente amparada pela legislação, pois, se um indivíduo locar um prédio com finalidade comercial, e sua atividade comercial não surtir os lucros desejados deixando-o em estado de falência e não restando outros bens senão o imóvel onde resida com sua família, este imóvel não poderia ser penhorado ainda que fosse contratado.

No entanto, a Lei 8.241 de 18 de Outubro de 1991(Lei do Inquilinato), incluiu no art. 3º da Lei do Bem de Família, o inciso VI, que decretou a possibilidade de penhora do bem de família cuja obrigação seja decorrente de contrato de fiança. existe uma disparidade entre o dispositivo de lei e o que preconiza os direitos fundamentais.

¹⁰³ MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Competências do Ministério Público: direitos individuais indisponíveis, difusos, coletivos e individuais homogêneos.** Santa Catarina. 2010.

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal entende que é possível que o fiador em contrato de locação imobiliária possa ter seu bem de família penhorado. Dentre vários pontos levantados pelos ministros, está o voto do então ministro na época, Joaquim Barbosa, que apontou um embate entre dois direitos, o direito a moradia e por outro lado o direito de autonomia da vontade. Segundo o ex-ministro:

A decisão de prestar fiança, como já disse é expressão da liberdade, do direito á 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 própria¹⁰⁴.

O entendimento do ministro, bem como do plenário do Supremo, é de que o fiador assume a obrigação de adimplir caso o locatário não a faça, estando esse assumindo o risco da incolumidade de seu direito social fundamental. De certa maneira, o entendimento do Supremo Tribunal, é de que o fiador admite colocar seu bem de família para o adimplemento da dívida.

Pois bem, é inconsistente que o bem de família do fiador pode ser penhorado, tendo em vista suma manifestação de vontade contratual, em que este assume os riscos inerentes a obrigação a qual presta fiança, pois ocorre que o direito alvo de penhora é fundamental ao ser humano, logo indisponível, e segundo a melhor doutrina, não pode o individuo lançar mão de direito fundamental.

4.1.4 Função social da Propriedade e do imóvel residencial

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, é o marco no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a direitos e garantias fundamentais, tanto no individual quanto no social. Assim como todo ordenamento jurídico, o brasileiro pauta-se em princípios constitucionais, que se determinam com uma máxima da normatividade, na realidade os princípios constitucionais são a base, a estrutura do direito brasileiro, de maneira que norteia tanto a legislação constitucional, quanto a infraconstitucional.

¹⁰⁴ STF. **RE. 407.688-8 SP**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Voto do ex-ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 08/02/2006.

No contexto da propriedade, temos o princípio da função social da propriedade está positivada no inciso XXIII do art. 5º e no 17ª inciso III da Constituição Federal, que faz deste princípio norma obrigatória, de cumprimento vinculado, agindo de forma inconstitucional a autoridade que se abster de aplicá-lo devendo fazê-lo.

A Magna Carta apresenta a função social da propriedade de duas formas distintas. A primeira delas é como direito fundamental que se atrela ao direito de propriedade, refere-se à função social da propriedade como objeto com finalidade de objetivar a efetivação dos direitos fundamentais. A segunda, é uma delimitação econômica do direito de propriedade, refere-se à repercussão e importância econômica que a propriedade possui para o local onde esta situada.

Segundo Lenza “a regra geral, assegura que direito de propriedade, que deverá atender à sua função social, nos exatos termos dos arts.182, § 2.º, e 186 da CF/88¹⁰⁵”.Apesar dessa proteção constitucional, o direito de propriedade não é absoluto, segundo Lenza:

(...) visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5.º, XXIV). Por outro lado, caso a propriedade não esteja atendendo a sua função social, poderá haver a chamada desapropriação-sanção pelo Município com pagamentos em títulos da dívida pública (art. 182, § 4.º, III) ou com títulos da dívida agrária, pela União Federal, para fins de reforma agrária (art. 184), não abrangendo, nesta última hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, e não tendo o seu proprietário outra, e a propriedade produtiva (art. 185, I e II)¹⁰⁶.

No que se refere a propriedade urbana, o autor destaca ainda que “a desapropriação-sanção é a última medida, já que, primeiro, procede-se ao parcelamento ou edificação compulsórios e, em seguida, à imposição de IPTU progressivo no tempo, para, só então, passar-se à desapropriação-sanção”¹⁰⁷.

O direito a propriedade como já foi dito não é absoluto, existem situações em que o estado pode desapropriar um indivíduo da propriedade de seu bem imóvel, por motivos que podem variar muito, desde interesses coletivos, ou caso o

¹⁰⁵LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2011. Pg. 1691.

¹⁰⁶LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2011. Pg. 1691.

¹⁰⁷Idem, Pg. 1691.

proprietário não esteja cumprindo as atribuições que lhe são encarregadas por força de lei.

O autor afirma ainda que frequentemente é comum no meio jurídico a afirmação de que a função social limita o direito de propriedade, no entanto tal visão não é de toda correta, segundo Silva, “a funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso se diz que ela sempre teve uma função social¹⁰⁸”, sendo a função social inerente a propriedade propriamente dita. O autor dispõe ainda que:

(...) houve uma transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade a sua função social, mais especificamente quando o reputou principio da ordem econômica, ou seja, como um principio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, a constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente a propriedade vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão só com o exercício do¹⁰⁹.

O sentido econômico da propriedade não se atrela a questões capitalistas, mas sim de um objeto garantidor da justiça social, permitindo aos cidadãos a efetivação da existência digna tal qual dispõe a Constituição Federal e dispositivos internacionais sobre tratado de direitos humanos.

O imóvel familiar tem sua função social vinculada a proteção da entidade familiar disposta no artigo 226 da Constituição, dispondo que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado¹¹⁰”. Com o que preleciona o dispositivo, percebe-se a importância da família no seio de uma sociedade.

A exceção a impenhorabilidade lançada sobre o bem de família do fiador pela Lei 8.245/91, é incompatível com o principio da função social da propriedade, tendo em vista que se a função primordial da propriedade é garantir que os indivíduos possa existir dignamente, não seria plausível, conceber que tal direito seja sobrepujado ao um direito patrimonial.

Seria o mesmo que admitir que a função social do imóvel residencial do fiador seja a de garantia real de dívida, uma vez que se admitiria que ao contrair a obrigação o fiador coloca em risco a incolumidade de seu direito fundamental social,

¹⁰⁸SILVA. Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed.. Revista e Atualizada. Malheiros. São Paulo. 2006. Pg. 282.

¹⁰⁹Idem, Pg. 282.

¹¹⁰ O artigo 226 da **Constituição Federal de 1988**, dispõe que “ a família é a base da sociedade , tem especial proteção do Estado”.

assumindo os riscos. Apesar de se considerar a importância de assegurar o mercado imobiliário, é inconsistente afirmar que o direito a moradia pode sucumbir ante ao direito patrimonial do adimplemento, uma vez que subverteria a ordem de valores dos direitos, valorando mais um direito patrimonial, em detrimento e prejuízo de um direito fundamental.

4.2 Disparidade entre os princípios constitucionais e a Decisão do Supremo Tribunal Federal

Os direitos fundamentais são intransferíveis, irrevogáveis e principalmente indisponíveis, desta forma não é admitido em direito que um indivíduo abra mão desses direitos em benefício de outrem, trata-se de matéria de ordem pública. Tais direitos referem-se a atribuições do ser humano pela sua própria natureza, não havendo necessidade de mérito para tanto, basta apenas a condição humana para que um indivíduo faça jus a tais direitos.

Os direitos sociais passaram por uma série de evoluções para chegar ao estágio dos dias atuais. Cada direito social positivado, representa a luta de classes para que fossem ordenadas juridicamente essas normas de proteção. Por sua vez, em pleno século XX, o legislativo brasileiro editou uma lei que traz um retrocesso a toda evolução dos direitos sociais. A edição da Lei 8245 de 1990, representa uma afronta direta aos princípios constitucionais, tal como dignidade da pessoa humana, igualdade, autonomia da vontade e função social da propriedade.

Sabemos que a presença de um fiador na locação de um imóvel, é uma espécie de garantia pessoal que visa dar segurança quanto ao adimplemento da obrigação, de forma que certamente representa uma maior segurança e estabilidade no mercado imobiliário. Todavia admitir que uma pessoa possa ter seu único imóvel familiar penhorado para satisfação de uma dívida, é transitar por um viés contrário aos preceitos que preleciona a Constituição e os Tratados de Direito Internacional.

O fato é que a lei se demonstra incompatível com um Estado Democrático de direito, entretanto, o Supremo Tribunal entendeu, ao julgar o recurso extraordinário 407.688, a possibilidade de se penhorar o único imóvel residencial do fiador em contrato de locação. Tal entendimento, embora parta de doutos ministros, aparenta certa incongruência. O direito a moradia, é constitucional, fundamental ao indivíduo e

é dever do Estado proteger a unidade familiar por ser o pilar da sociedade (disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988).

Sabe-se que o indivíduo é livre para contratar, para instruí-se e determinar-se sob seus próprios princípios, inclusive, essa premissa da liberdade individual e da autonomia da vontade foi um dos elementares fundamentos para que o plenário julgasse improcedente o recurso extraordinário por maioria não unânime de votos. Realmente, não há o que se discutir quanto a liberdade humana quanto a sua autoafirmação de vontade, todavia, grande maioria das doutrinas acerca dos direitos fundamentais, assevera que embora o homem seja tenha o livre arbítrio, e possa tomar suas escolhas orientados pela sua subjetividade, este não pode abrir mão de direito fundamental. No caso do fiador locatário, muito embora este assumisse os riscos de perder o seu único imóvel residencial, este não poderia fazê-lo por ser indisponível ao próprio titular do direito.

Ademais, a proteção constitucional não alcança tão somente o fiador. É muito mais ampla, e nesse sentido a letra da lei é clara ao dizer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado¹¹¹”. Portanto, admitir que o fiador exerça seu direito de autonomia renunciando a um direito fundamental, sem levar em consideração os familiares que por ventura também residam no imóvel, acaba por violar o direito não só o direito fundamental do fiador mas de toda sua família.

A afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos podem realmente encontrar respaldo na doutrina, todavia, admitir que um indivíduo, exercendo seu direito de autonomia venha a decidir não por si só, mas por todos os outros familiares que residam no imóvel, é ferir o direito de liberdade de agir e se expressar daqueles que também façam do imóvel sua moradia.

O direito a moradia é muito mais amplo que a simples propriedade de um imóvel, e envolve condições de habitação com dignidade com o mínimo de estrutura, para que se possa efetivamente respeitar o ser humano, esse aspecto do direito social fundamental também foi apontado pela decisão em plenário do RE 407.688. É correta a afirmação de que não basta a habitação de um imóvel para a efetivação do direito a moradia, contudo, para que um indivíduo possa ter efetivado tal direito é indispensável a habitação de um imóvel. Pois vejamos, se o imóvel residência alvo de penhora for o único imóvel do fiador, onde o mesmo vai se alojar com seus

¹¹¹ O artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a importância da proteção da unidade familiar, segundo o dispositivo: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

familiares? Não há de se falar em direito de se falar em direito a moradia se o indivíduo e sua família passar a viver em condições de sem-teto.

Na realidade não há de se falar em qualquer direito social se o indivíduo não tiver um local para habitar, pois, é inconsistente crer que alguém possa ter efetivados os direitos sociais previstos no artigo 6º da carta magna, morando ao relento. Não seria possível, arranjar um emprego digno, ter acesso a saúde, educação, lazer, etc...

É nítida a importância dos direitos sociais na vida do ser humano, assim como a importância do direito a moradia como garantidor da efetividade de qualquer outro direito social. Portanto a decisão do Supremo, se levados em conta, os princípios constitucionais, percebe-se de uma grande incongruência. Tanto é que muitos tribunais tendem a julgar de forma contrária ao entendimento do Supremo Tribunal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a moradia é um direito social indispensável ao exercício da cidadania e é a garantia de que os indivíduos que convivam em uma sociedade tenham uma vida digna!

Tal importância se refletiu no legislativo brasileiro ao passo que a edição da Lei 8.009/90 (lei do bem de família) tornou impenhorável o único imóvel familiar, tendo como regra o princípio do patrimônio mínimo. Porém, tal fundamentalidade do bem de família se viu prejudicada com a edição da Lei 8.245/91 (lei do Inquilinato) que inseriu na Lei 8.009, a exceção a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação imobiliária.

O direito que versa a Lei do Inquilinato é meramente patrimonial, sua intenção é a de dar maior segurança jurídica ao mercado imobiliário quanto ao recebimento de alugueis. Por enquanto, o direito a moradia é muito mais amplo, refere-se à proteção da entidade familiar, no qual a Constituição Federal refere-se como “base da sociedade brasileira”. Assim sendo, não é nada plausível, admitir a constrição do bem de família do fiador, pois não só este seria prejudicado, mas sim todo seu núcleo familiar.

A esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que ao prestar fiança, um indivíduo assume os riscos de colocar em risco a incolumidade de seu direito fundamental, pois se vê amparado pelo também direito fundamental a liberdade, ou seja, à autonomia da vontade. Todavia, esse entendimento, pode facilmente ser contestado, isto, pois, se o devedor não pode assumir os riscos de ter seu único imóvel penhorado, por que o fiador pode?

Não resta desta maneira, explicado, porque tratar de maneira diferenciada o devedor do seu fiador, uma vez que a regra geral do princípio constitucional da isonomia é de se “*tratar igual os iguais e desigual os desiguais*”. Analisando a situação socioeconômica de um devedor e de um fiador que venha a ter seu imóvel residencial penhorado, percebemos como não a proporcionalidade neste dispositivo legal.

Ora, se o fiador está sendo buscado em uma execução, é porque se esgotou a possibilidade de executar o devedor (locatário), assim sendo tendo este apenas um imóvel onde reside com sua família, este não pode ser alvo de penhora. Quanto ao seu fiador, por se tratar de obrigação subsidiária, será procurado na execução se o

devedor não pagar. No entanto se os bens do fiador, se resumirem em um único imóvel onde reside com sua família este pode ser penhorado.

O que percebe-se com a situação apontada é uma desigualdade de tratamento entre duas pessoas em igual situação jurídica (ambas obrigadas a adimplir a dívida), social e econômica. Não há então, precedentes para dar um trato diferenciado a esses dois indivíduos.

E por fim, os ex-ministros apontam que, esse dispositivo trazido pela lei do inquilinato, garantiu a muitas mais pessoas o direito a uma moradia, uma vez que deu maior segurança jurídica ao mercado imobiliário, permitindo que as pessoas tivessem mais acesso a uma moradia digna na modalidade de aluguel.

Entretanto, o que há para se pensar é, a qual custo tem-se essa segurança jurídica? Será que vale a pena, sacrificar direitos fundamentais de uns em detrimentos de outros? Será que não existiria uma forma menos danosa de dar garantias ao contrato de locação imobiliária?

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Delina Santos. **A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia Apresentada na Universidade Federal da Bahia - UFBA. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros Editores. São Paulo. 2000.

CASTANHO, André Moraes. **DIREITOS HUMANOS NA PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2009.. Obtido em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1602/1516>. Acesso em: 10/10/2014.

COELHO, Fabio Uchoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

CORDEIRO, Gustavo dos Santos. **Penhorabilidade do bem de família do fiador: análise do recurso extraordinário 407.688 à luz do direito fundamental à moradia e da teoria do patrimônio mínimo**. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 67/2010. Lumem Juris. 2010.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. Ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Magno Federici. Fiança e Locação: A Impenhorabilidade Processual do Patrimônio Mínimo Familiar do Fiador Locatício. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422140019.pdf. Acesso em: 19/10/2014. IURCONVITE . Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Obtido em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417. Acesso em: 16/10/2014.

JUNIOR. Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** 45 ed. Forense. Rio de Janeiro. 2010.

JUNIOR. José Eliaci. NOGUEIRA. Diógenes. **Gerações ou Dimensões de Direitos Fundamentais.** Obtido em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>.

MAGNOLI. Demétrio. **História da Paz.** São Paulo: Editora Contexto, 2008.

MACIEL. Álvaro dos Santos. **A evolução histórica do principio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras.** Obtido em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. acesso em: 11 de Outubro de 2014.

NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional.** 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense.2011

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2011.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª Ed. São Paulo. Atlas. 2011.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil: Contratos.** Rio de Janeiro. 2012.

PERLINGIERI. Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional.** 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2002.

RANGEL. Helano Márcio Vieira. SILVA. Jacilene Vieira da. **O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL, E A SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE.** Veredas do Direito. v.6 . 2009. p.57-78. Obtido em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77/132>. Acesso em: 17/11/2014.ž

DOS SANTOS. Maiara Aparecida Galdino. **A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO.** Intertem@s ISSN 1677-1281, v. 24, n. 24, 2013. Monografia apresentada na Curso de Direito da Faculdade de Toledo. São Paulo. 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Revista, atualizada e ampliada. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed.. Revista e Atualizada. Malheiros. São Paulo. 2006.

TARTUCE, Flávio. **A penhora do Bem de Família do fiador de locação**. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. 2006.

VALVERDE, Marina. **O Fiador e seu Bem de Família nos Contratos de Locação e as Recentes Decisões dos Tribunais Superiores**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010.

VASCONCELOS, Rita de Cassia Correa de. **A Impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.