V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR E SEU DIREITO DE MORADIA

THE GOOD OF THE GUARANTOR FAMILY AND THEIR RIGHT TO HOUSING

Daniele Ferron D'avila [1]
Nicholas Augustus de Barcellos Nether [2]

Resumo

O presente artigo jurídico trata da exceção existente no inciso VII do artigo 3 da Lei n. 8.009 /90, o qual excepciona a possibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador, através da alteração trazida pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato); exceção esta que viola o direito fundamental de moradia disciplinado como direito social na Constituição Federal de 1988. Assim como, analisa decisões jurisprudenciais acerca do tema em testilha, buscando propiciar ao leitor um maior aprofundamento acerca da temática apontada.

Palavras-chave: Bem de família, Fiança locatícia, Moradia

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with legal existing exception in section VII of Article 3 of Law no . 8.009 / 90 , which excepti the possibility of guarantor of the property 's unique attachment by modifying brought by Article 82 of Law no . 8.245 / 91 (Tenancy Law) ; except that this violates the fundamental right of disciplined housing with social rights in the Constitution of 1988. As analyzes court decisions on the subject in testilha , attempting to provide the reader with a deeper understanding about the pointed issue.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family well, Lessor bail, Home

[1] Especialista em Processo Civil e Constituição pela UFRGS, Mestranda pela FMP e Doutoranda pela UBA.

[2] Especializando em Direito Público e Mestrando pela FMP.

1 INTRODUÇÃO

A locação residencial imobiliária tomou bastante importância em nosso país, em face da grande quantidade de pessoas que não possuem casa própria e necessitam de habitação para residirem e estabelecerem seu núcleo familiar e, pelo fato da locação de um imóvel exigir menor aporte de recursos do que a aquisição de um imóvel, tornou-se o meio de maior busca para satisfazer a necessidade de moradia da população.

Com o advento da Lei n. 8.009/90, o bem de família recebeu maior proteção do que o direito de crédito, pois resguardou o bem de família como impenhorável; e, com a Lei n. 8.245/91, o direito de moradia restou excepcionado, intensificando-se o direito à moradia em relação ao direito de crédito, de modo que ambas as leis infraconstitucionais protegem o direito de moradia, pois a primeira trata do bem de família e a segunda regula as locações.

Ocorre que a incoerência jurídica consiste no fato de que foi incluído no artigo 3, da Lei n. 8.009/90, o inciso VII, em data de 18 de outubro de 1991, alteração esta trazida pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/91, onde deixa exposto que a impenhorabilidade do bem de família não atinge o bem de família do fiador, de modo que este pode sofrer constrição, mesmo sendo este seu único imóvel.

Desta forma, diante da situação apontada, busca-se neste trabalho conhecer melhor o assunto a fim de que o direito social de moradia, na condição de direito fundamental, seja sempre respeitado pelo ordenamento jurídico com o propósito de que a justiça seja sempre justa.

2 O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LEGISLAÇÃO

O instituto da fiança é definido pelo artigo 818 do Código Civil, o qual prevê que “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Assim, segundo a legislação, quando uma pessoa física ou jurídica assume a qualidade de fiadora significa que a partir daquele momento assumiu a responsabilidade de assegurar, com o seu patrimônio, o cumprimento do contrato de locação, sendo características da fiança: a pessoalidade, pois é um sujeito de direitos e obrigações que se compromete com outrem a

garantir o contrato; a forma escrita, exigida pelo art. 819 do Código Civil[1]; e a assessoriedade. Ou seja, o contrato de fiança só existe em função do contrato principal, que é o de locação, de forma que quando o contrato de locação se extingue, automaticamente também se extingue o contrato de fiança, mas não há impedimento que exista sem o contrato de locação, o que neste caso seria contratado separadamente, como no caso da carta de fiança (PRATES, 2004).

Ocorre que o legislador infraconstitucional, em harmonia com a Constituição Federal de 1988 e com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88)[2], através da Lei Federal nº 8.009 de 1990, protegeu o único imóvel destinado à moradia da entidade familiar, com algumas ressalvas. E, assim como em outros países, no Brasil, o imóvel destinado à habitação da família passou a receber proteção especial, impossibilitando a sua constrição judicial, incluindo os móveis que o guarnecem, desde que quitados.

Desta forma, pela regra do art. 1º da Lei nº 8.009/90, ao propor uma ação em face de uma pessoa, seu imóvel residencial, seja do casal ou família, não está sujeito à penhora se houver condenação judicial.

Neste sentido, o artigo 1º da lei mencionada[3] dispõe que o imóvel residencial do casal ou da família é impenhorável, com exceção de hipóteses previstas na referida lei e no parágrafo único[4] deste mesmo artigo, que a impenhorabilidade compreende o imóvel, plantações, benfeitorias, equipamentos e móveis que guarnecem a residência.

E ainda, no artigo 5º da referida legislação[5], há referência como sendo imóvel residencial impenhorável, o único imóvel utilizado para moradia de forma permanente e, no caso de o casal ou a entidade familiar possuir mais do que um imóvel, será impenhorável o de menor valor,

[1] Art. 819 do Código Civil: "A fiança dar-se-á por escrito e não admite interpretação extensiva".
[2] Art. 1º da Constituição Federal: "A 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: I- [...], II- [...], III – a dignidade da pessoa humana; [...]".
[3] Lei n. 8.009/90- "Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."
[4] Lei n. 8.009/90, § único do artigo 1º- " A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados".
[5] Lei n. 8.009/90 - "Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente".

exceto se outro tiver sido registrado como garantidor da dívida, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 8.009/90[6].

Embora essa seja a regra, como exceção, estipulou-se que o bem de família do fiador pode ser penhorado em razão de obrigação decorrente de contrato de locação, conforme o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90[7] (dispositivo que foi adicionado em 1991, pelo art. 82 da Lei do Inquilinato n. 8.245/91)[8].

Logo, como forma de resguardar a fiança como garantia locatícia (art. 37, II, da Lei nº 8.245/91) [9], alterou-se o artigo 3º da Lei nº 8.009/90, incluindo um novo inciso VII; assim, a impenhorabilidade existe em qualquer execução, com exceção de obrigação decorrente de fiança locatícia e, desta forma, a lei tornou o bem de família penhorável.

2.1 O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR E O DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

Como elucida Mendes (2008, p.231), "a Constituição, como lei maior e força vinculativa máxima resguarda os direitos humanos, como os valores de maior importância, com proteção contra momentos flutuantes sociais, que de certa forma poderiam prejudicar os direitos humanos".

E, o controle da constitucionalidade visa tornar a Constituição Federal em medida de supremacia de regularização jurídica, pois ela é o corolário lógico da suprema constitucional (HORTA, 2002).

Assim, após conceituar o controle de constitucionalidade, passasse a analisar a questão do inciso VII, do artigo 3, da Lei n. 8.009/90, de modo que a exceção prevista no referido dispositivo legal apresenta um confronto entre o direito de crédito do locador, que seria o de receber seu locativo; e o direito fundamental de moradia, no caso, do fiador. E, analisando a matéria a partir da Constituição Federal e, considerando o direito fundamental de moradia, por

[6] Lei n. 8.009/90, §único do artigo 5º- "Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil".
[7] Lei n. 8.009/90 – "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".
[8] Lei n. 8.245/91 – "Art. 82. O art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII".
[9] Lei n. 8.245/91 – "Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: [...]; II- fiança; [...]".

ser norma constitucional, hierarquicamente superior; pode-se concluir que o artigo 82, da Lei n. 8.245/91, acrescentando o inciso VII do referido dispositivo legal, permitindo a penhora do único bem do fiador, em face de garantia fidejussória prestada em contrato de locação, trata-se de uma norma inconstitucional, pois afronta o princípio constitucional (AINA, 2002).

Além do que se explanou no parágrafo acima, o inciso VIII da Lei n. 8.009/90 também viola o princípio da igualdade ao tratar o fiador e o locatário de forma desigual, uma vez que para o locatário poder alugar o imóvel e ter sua moradia, o fiador, em caso de inadimplência do locatário, arcará com o pagamento em prol deste, através de seu imóvel, mesmo que seja seu único bem; assim, também há a violação de outros valores fundamentais; como o da vida, o do desenvolvimento humano e o do mínimo existencial. Ocorre que não se pode admitir que o próprio judiciário impeça o pleno desenvolvimento familiar, infringindo matéria constitucional ao aplicar o inciso VIII do artigo 3 da Lei n. 8.009/90 (CARLI, 2009).

A efetividade processual não pode ser priorizada em face dos princípios de direitos fundamentais, sob pena de se cometer injustiças, tratando-se iguais de forma desigual, sob pena de responsabilização, nos termos do artigo 187 do Código Civil Brasileiro, que assim dispõe: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Para melhor explicitar o assunto, o artigo 620 do Código Civil Brasileiro dispõe que "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor". Conforme é possível visualizar, o mencionado artigo aduz a necessidade de preservar os direitos do devedor, mas ao mesmo tempo, preservar os direitos do credor, em receber seu crédito, para que a execução ocorra pelo meio menos gravoso, dando a ideia de equilíbrio.

Para corroborar com o constante nos parágrafos acima, seguem as palavras de Savater (2000):

> [...] ...todo direito deve ser respaldado pela força de uma autoridade que defenda sua aplicação. Antes de mais nada, ter um direito é ter a possibilidade normativamente reconhecida pela autoridade estabelecida de exercer uma capacidade ou desfrutar de algum benefício. Onde não há poder constituído, nem normas mais ou menos explicitas, não parece ser possível falar de "direito". Como se pode falar de ter realmente direito a algo a que nenhuma autoridade mostra competência para dar respaldo? (SAVATER, 2000, p.164)

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a constrição do único bem imóvel do fiador, visando incentivar o mercado imobiliário e econômico, com o acesso à moradia; assegurando o crédito do locador, ao invés da dignidade da pessoa humana, que no caso é o fiador e seus familiares, em face do direito fundamental de moradia. Assim, mostra-se evidente a falta de razoabilidade e a falta de solução razoável, que não ofenda a dignidade humana, através da violação ao direito de moradia do fiador, mas que ao mesmo tempo possibilite o recebimento do seu credito por parte do credor, no caso o locador (PEREZ, 2003).

Inobstante a fiança fidejussória possibilite ao locatário o acesso à habitação, esta não pode vir a violar o direito de habitação do fiador, o qual na maioria das vezes presta a garantia da fiança ao locatário, por ser esta pessoa próxima ao seu ciclo social, com quem normalmente possui um laço estreito de amizade ou de parentesco e em quem deposita a sua confiança.

Muitas das vezes, por ser seu único imóvel, o mesmo fora adquirido com dificuldades e, provavelmente o fiador não venha a ter a possibilidade de adquirir outro imóvel, caso venha a ter o seu penhorado para pagamento da dívida do seu afiançado, de forma que deve ser pesado o direito de habitação do locatário e do fiador, pois tratam-se de direitos idênticos e amparados por norma constitucional.

Não é admissível a regra que permite a penhora do único bem imóvel do fiador para pagamento de dívida de seu afiançado; pois, proceder com a penhora do único bem de família do fiador é retroceder no tempo, tornando inútil toda a construção feita ao longo do tempo para a construção dos direitos e garantias fundamentais (PEREZ, 2003).

No ponto de vista de Souza (2013):

> Em nome da dignidade humana não poderíamos permitir a renúncia contratual da imagem, da honra ou da intimidade, o que caracteriza ato ilícito, sendo objeto juridicamente impossível do negócio, sendo inviável por qualquer interpretação jurídica. Toda e qualquer cláusula que implique em renúncia total a bens da personalidade, como a intimidade, a honra, imagem ou moradia, é cláusula nula de pleno direito. (SOUZA, 2013, p.226)

A exceção do inciso VII do artigo 3, da Lei n. 8.009/90, teria validade constitucional condicionada se incidisse sobre qualquer bem excedente do fiador que não fosse seu bem de família (CARLI, 2009).

Os direitos fundamentais estão em posição privilegiada, pois são valores essenciais da pessoa humana, invioláveis, que apenas devem ceder em face de outros direitos fundamentais, de igual categoria. E, no caso em testilha, não se verifica que o bem de família do fiador seja sacrificado em prol do direito de moradia do locatário, mas em favor do credito do locador (AINA, 2002).

Desta forma, a temática apontada provocou diversas discussões de ordem jurídica acerca de sua constitucionalidade, havendo divergências de posicionamentos entre os tribunais, conforme poderá ser constatado a seguir.

2.2 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Não há dúvidas de que a família é o cerne da sociedade, a qual alicerça o Estado e é de extrema importância, tanto que a regra geral é a de impenhorabilidade do bem de família.

O bem de família possui importância social e surgiu na República do Texas, através da Lei do Homestead (1839), e ganhou importância ao proteger o instituto família através da impossibilidade de penhora da habitação onde a família reside (HORTA NETO, 2007).

No Código Civil Brasileiro de 2002, o conceito de bem de família consta no artigo 1.712[10], no qual o bem de família é considerado um prédio urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinado ao domicilio familiar.

Todavia, com a edição da Lei n. 8.009/90, foi excluído da penhora o imóvel residencial, salvo algumas exceções, mas o mercado imobiliário enfraqueceu-se em face do surgimento da referida lei; assim, o artigo 82, da Lei n. 8.245/91, veio alterando o artigo 3 da Lei n. 8.009/90, acrescentando a exceção à regra geral da impenhorabilidade, que é a do inciso VII, que autoriza a penhora do bem de família do fiador para pagamento de locatícios, o qual até então era impenhorável.

Entre as exceções do artigo 3 da Lei n. 8.009/90, esta foi a mais injusta, pois colocou o fiador em situação inferior, mesmo diante de seu próprio afiançado (CZAJKOWSKI, 2001).

[10] Art. 1712 O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicilio familiar, e poderá abranger valores imobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Verifica-se, portanto, que a referida exceção legal afronta a garantia constitucional do direito de moradia, em face da função social que possui a residência familiar (PEREZ, 2003).

O inciso VII da Lei n. 8.009/90 atribui segurança jurídica ao locador, o qual possui a garantia do fiador, normalmente pessoa de boa-fé, que pagará a dívida do locatário com seus bens particulares, ainda que seja seu único bem de família e, ao mesmo tempo, protege de forma demasiada o locatário devedor, que possui o fiador para assumir suas dívidas, mesmo que este último reste prejudicado.

Por esta razão, o artigo 827[11] do Código Civil Brasileiro estabelece que o fiador demandado pelo pagamento da dívida poderá até a contestação exigir que sejam primeiramente executados os bens do devedor, no caso, do locatário.

Importante mencionar que para o fiador ser chamado a cumprir determinada obrigação, objeto do contrato de locação, faz-se necessário que primeiramente o devedor principal seja chamado e, apenas após este não a cumprindo, é que o fiador poderá ser responsabilizado, podendo fazer uso do benefício de ordem esculpido no artigo 827 do CCB.

Ocorre que para fazer jus ao benefício de ordem, destinado este ao fiador, faz-se a necessidade de que os bens do locatário indicados pelo fiador sejam no mesmo município em que tramitar a execução, livres e desembargados; assim como quantos bastem para solver o débito, conforme estipulado no parágrafo único do artigo 827[12].

Sucede que, caso o afiançado restasse inadimplente e o fiador laçasse mão de seu benefício de ordem; o mesmo teria seu imóvel constrito, mesmo que fosse seu único imóvel e bem de família, em face do inciso VII do art. 3, da Lei n. 8.009/90.

Todavia, se o fiador adimplir o débito do seu afiançado, no caso o locatário, seja com valores em espécie ou com constrição de bens, a legislação lhe possibilita a propositura de ação de regresso contra o mesmo, para que proceda no ressarcimento ao fiador dos valores pagos por ele. Ocorre que, caso o fiador demande contra o locatário em ação de regresso e seja verificado que o locatário possuía apenas um bem imóvel, este será impenhorável. (HORA NETO, 2007).

Neste caso, a impenhorabilidade do único bem do locatário estaria amparada pelo caput do artigo 3 da Lei 8.009/90, que determina que "a impenhorabilidade é oponível em qualquer

[11] "Art. 827. "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor".
[12] "Art. 827 (...)
Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito."

processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza (..)" e seu bem imóvel restaria resguardado, diferentemente do único bem imóvel do fiador, que em face da exceção prevista no mesmo diploma legal autoriza a constrição; isto tudo porque o locatário não ocupa a qualidade de fiador no contrato de locação.

O inciso VII do artigo 3 da Lei n. 8.009/90 veio para incentivar a moradia, aquecendo o mercado imobiliário, através de uma maior proteção às locações, em face da exclusão da impenhorabilidade do único bem de família do fiador. Verifica-se que, para aquecer o mercado imobiliário e possibilitar a moradia do locatário, o fiador passou a ter este direito restringido, tanto que, na atualidade, existem muitos locatários com suas dívidas pagas e muitos fiadores sem imóvel próprio para residir.

Por causa disso, com o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, a qual ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles a moradia, muito se questionou se a referida emenda teria ou não revogado as exceções do artigo 3 da Lei n. 8.009/90, e muito buscava-se saber se a emenda constitucional teria ou não derrogado a lei ordinária.

Após um período de insegurança jurídica, devido às divergências de entendimentos nos tribunais, a jurisprudência posicionou-se favorável à possibilidade de constrição judicial do imóvel do fiador que se fizesse necessária para garantir o contrato de locação; ainda que este fosse seu único imóvel, pois entendeu-se que o dispositivo também visava, mesmo indiretamente, viabilizar o direito à moradia, especialmente para as pessoas que não possuem condições para adquirir definitivamente a propriedade imóvel.

Atualmente, o Superior Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento de que a exceção prevista no art. 3°, VII, da Lei 8.009/90, permitindo a execução do bem de família do fiador em contrato de locação, é inteiramente constitucional.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça tivesse certa divergência interna quanto à aplicabilidade imediata do novo inciso VII do Art. 3º da Lei nº 8.009 aos processos em curso, o tribunal sempre se mostrou favorável à penhorabilidade.

A questão chegou ao STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688, julgado pelo próprio plenário do STF em 8 de fevereiro de 2006, onde o rel., Min. Cezar Paluso, conheceu e negou provimento ao recurso sob a alegação de que não havia incompatibilidade entre a Lei n. 8009/90 e a Emenda Constitucional n. 26, concluindo pela penhorabilidade do

bem de família do fiador e pela recepção da Lei infraconstitucional. Nesta seara, foram vencidos os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Melo, conforme observa-se abaixo:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. LEGITIMIDADE. CONSTITUIÇÃO, ART. 6º (REDAÇÃO DADA PELA EC 26 /2000). LEI 8.009 /90, ART. 3º, VII . AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. COMPETÊNCIA DO RELATOR CPC, ART. 557 , CAPUT, E RISTF , ART. 21 , § 1º). TRANSFORMAÇÃO DE LOCAÇÃO EM COMODATO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 279 DO STF. I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 407.688 /SP, considerou ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ao entendimento de que o art. 3º, VII, da Lei 8.009 /90 não viola o disposto no art. 6º da CF/88 . Precedentes. II - Incumbe ao agravante o dever de impugnar, de forma específica, cada um dos fundamentos da decisão atacada, sob pena de não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 283 do STF. III - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para negar seguimento, por meio de decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando inadmissíveis, intempestivos, sem objeto ou veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência dominante deste Supremo Tribunal (CPC, art. 557, caput, e RISTF, art. 21, § 1º). IV - A controvérsia referente à transformação da locação em comodato foi dirimida pelo acórdão recorrido com apoio no Código Civil e no conjunto fático-probatório dos autos. Ofensa reflexa à Constituição e Súmula 279 do STF. V – Agravo regimental improvido. (Recurso Extraordinário nº 407.688. Relator Min. Cezar Paluso. Julgado em: 08/02/2006.)

Assim, o Supremo entendeu que o único bem imóvel do fiador pode ser penhorado, porque pelo entendimento do Ministro Cesar Paluso, a Lei n. 8.009/90 é clara ao se referir à exceção do imóvel do fiador, autorizando sua penhora, pois cabe ao fiador optar ou não em prestar a fiança, avaliando os riscos e a situação. E ainda, que não haveria incompatibilidade entre a lei ordinária e a emenda constitucional, a qual trata do direito social à moradia e altera o artigo 6 da CF/88.

Por outro lado, em outra oportunidade, como bem mostra o acórdão a seguir, os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Celso de Mello votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo, o que demonstra a controvérsia existente, embora tenham sido vencidos pela maioria:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. DIREITO À MORADIA. ART. 6º DA MAGNA CARTA (REDAÇÃO DA EC 26/2000). PRECEDENTE PLENÁRIO. O Plenário deste excelso Tribunal, no julgamento do RE 407.688, Relator o Ministro Cezar Peluso, decidiu que "...a penhora do bem de família do recorrente não viola o disposto no art. 6o da CF, com a redação dada pela EC 26/2000 (...) mas com ele se coaduna,

> já que é modalidade de viabilização do direito à moradia (...) porquanto, atendendo à própria ratio legis da exceção prevista no art. 3o, VII, da Lei 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária..." (Informativo nº 415 do STF). Fiquei vencido, na companhia dos eminentes Ministros Eros Grau e Celso de Mello. Nesse mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões singulares: RE 467.638, Relator o Ministro Gilmar Mendes; RE 477.366, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RE 397.725, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; RE 475.855, Relatora a Ministra Ellen Gracie; e RE 432.253, Relator o Ministro Cezar Peluso. Agravo regimental a que se nega provimento, com a ressalva do entendimento divergente do Relator. (RE-AgR 464586, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgamento em: 06/06/2006, DJ de 24-11-2006).

Entretanto, prevalece ainda, no Supremo Tribunal Federal (STF), o posicionamento favorável à penhora.

E, os nossos Tribunais possuem entendimento quase majoritário de que o único bem de família do fiador é penhorável e que, portanto, não haveria confronto ao direito constitucional de moradia, conforme é possível verificar no julgamento do Agravo n. 70067739193, da Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, cujo relator é Ergio Roque Menine:

> **Ementa:** AGRAVO INTERNO. LOCAÇÃO.PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. PERTENCENTE AOS FIADORES. POSSIBILIDADE. No caso em tela, o bem de família do fiador não se sujeita a proteção legal conferida pelo artigo 6º da Constituição Federal e tampouco ao artigo 1º da Lei 8009/90, razão pela qual a tese da agravante não se mostra passível de acolhimento. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70067739193, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 28/01/2016).

No julgamento abaixo, o mesmo posicionamento foi adotado na Apelação Cível Nº 70000939769, da Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, cujo relator é Otávio Augusto de Freitas Barcellos, sendo ainda exposto que o artigo 82 da Lei n. 8.245/91, trata-se de norma de caráter processual e de aplicação imediata, de forma que a mesma deve ser cumprida o bem do fiador constrito para pagamento da dívida do afiançado, conforme podemos observar:

> **Ementa:** EMBARGOS A EXECUÇÃO. FIANÇA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE. NATUREZA. JURÍDICA DO ART. 82 DA LEI N° 8.245/91. NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70000939769, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 28/06/2000).

Importante mencionar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apenas é uníssono no sentido de impenhorabilidade do bem de família do fiador, em relações jurídicas contraídas, em data anterior a entrada em vigor da exceção do inciso VII do art. 3º da Lei n.º 8.009/90 com a redação dada pelo art. 82 da Lei n.º 8.245/91; assim, segue abaixo o julgamento da Apelação Cível nº 70000424002, da Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, cuja relatora é Genacéia da Silva Alberton:

> **Ementa:** EXECUÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE. DO ÚNICO IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA PARA OS FIADORES. IMPOSSIBILIDADE. A exceção contida no inciso VII do art. 3º da Lei n.º 8.009/90 com a redação dada pelo art. 82 da Lei n.º 8.245/91 não incide sobre as relações jurídicas constituídas antes de seu advento. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70000424002, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 06/09/2000).

Da mesma forma foi o julgamento da Apelação Cível nº 70000272203, da Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, cujo relator foi Paulo Augusto Monte Lopes.

> **Ementa:** EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TITULO JUDICIAL. PENHORA DE BEM DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. Contrato firmado antes da vigência da lei n° 8.245/91, que deu nova redação ao inc-VII, do art. 3, da lei n° 8.009/90, não permite o reconhecimento da penhorabilidade alegada. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70000272203, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em 21/06/2000).

Assim, a Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991 não atinge situações jurídicas constituídas sob a égide da lei anterior (Lei n.º 6676), de modo que, o acréscimo do inciso VII ao art. 3º da Lei n.º 8.009/90 não alcançou as situações das jurisprudências acima, restando impenhorável o imóvel dos fiadores.

Inclusive no julgamento do recurso de Apelação Cível nº 70000424002, da Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, cuja relatora é Genacéia da Silva Alberton, colacionado acima, houve o entendimento de que, inobstante a contratação da locação ter ocorrido anteriormente à vigência exceção do inciso VII do art. 3º da Lei n.º 8.009/90 com a redação dada pelo art. 82 da Lei n.º 8.245/91, por ser o imóvel penhorado do fiador, sua residência, recairia sobre ele a impenhorabilidade do caput do art. 1º da Lei n.º 8.009/90, sendo este um dos poucos julgados que entendeu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador, sob o fundamento do caput do art. 1º da Lei n.º 8.009/90.

Inobstante os julgamentos acima, ainda existem algumas decisões tramitando no judiciário de que o único bem de família seria impenhorável em face do direito constitucional de moradia.

Atualmente, está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.413/2009 que visa exclusivamente proibir a penhora do bem da família do fiador para pagamento de débitos locatícios. Ressalte-se que já houve outras tentativas de alterar a lei sobre a impenhorabilidade do bem de família, como os Projetos de Lei n° 3452/04 e n° 4728/98, sem, contudo, terem sido aprovados em definitivo.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro trata da questão da penhorabilidade do único bem de família do fiador e do direito constitucional de moradia, nos seguintes diplomas legais: Lei nº 8.009/90 em seus artigos 1º e 3º, inciso VIII; na Lei nº 8.245/91; e, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

3 CONCLUSÃO

Ficou claro com o presente estudo, que o direito à moradia, amparado por normal constitucional, é um direito social trazido pela emenda constitucional n. 26 e que, o inciso VII do artigo 3 da Lei n. 8.009/90 acarreta em cerrada discussão acerca da penhorabilidade do único bem de família do fiador. Apesar de haverem decisões judiciais no sentido de que o referido inciso afrontaria dispositivo constitucional, a maior parte do entendimento jurisprudencial é no sentido de que não haveria esta afronta pelo fato da garantia da fiança ser prestada pelo fiador ao seu afiançado com plena consciência por parte do fiador e, no caso do locatário não efetuar o pagamento de sua obrigação, esta deve ser adimplida pelo fiador, inclusive com seus bens particulares e seu único imóvel residencial, onde resida com sua família.

Em análise às decisões jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça do Brasil e do Superior Tribunal Federal, verificou-se que as cortes se posicionam na grandiosa maioria pela penhorabilidade do único bem de família do fiador, considerando apenas a legislação.

Deste modo, não se perde a esperança de que o ser humano seja visto como o tal, para que injustiças não sejam cometidas, uma vez que os direitos fundamentais devem ser respeitados e, no caso em testilha, de penhorabilidade do único bem de família do fiador, há afronta ao direito fundamental de moradia.

Não se pode permitir a simples aplicação da lei ao caso concreto sem que se tenha uma visão humanitária em consonância com os dispositivos constitucionais, em especial aos que tratam dos direitos fundamentais, seja aplicada afrontando o direito social, que no caso é o de moradia, com o fim de beneficiar o direito de credito, que é o do locador em receber seu crédito, em face da locação do seu imóvel.

Gize-se que a legislação não pode reduzir à miséria uma pessoa que, na maioria das vezes, trabalhou por anos ou até uma vida inteira para vir a ter seu imóvel próprio e que, levada pela boa-fé, presta a fiança locatícia ao seu afiançado a fim de viabilizar o direito de moradia a este, e, portanto, venha a ficar sem ter onde morar, com seu direito social de moradia violado pela legislação.

A legislação imobiliária (Lei n. 8.245/91) autoriza diversas outras formas de garantias à locação, além da fiança locatícia, em seu artigo 37, tais como: a caução, o seguro fiança e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, de modo que a utilização de outras formas de garantias não prejudicaria a locação e nem o mercado imobiliário, assim como protegeria o único bem imóvel do fiador e seu direito fundamental de moradia. E, caso se utilizasse da fiança, que pelo menos se tratasse de fiador com pelo menos dois imóveis, pois no caso de recair penhora sobre um deles, restaria ao fiador pelo menos um imóvel para habitação.

Espera-se que num futuro próximo, a revisão da legislação por parte do legislador, no que tange do inciso VII do artigo 3 da Lei n. 8.009/90, e qualquer modo, despertem nos tribunais a análise da matéria com mais cuidado e cautela a fim de que o caso seja sempre interpretado de forma humanitária, com a valorização do ser humano e aplicação da normal constitucional.

REFERENCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia*. Direito Fundamental à moradia frente a situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Emendas Constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. *Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990*. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. *Lei no 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 407.688,* Primeira Turma. rel. Min. Cezar Paluso. Julgamento em: 08 fev. 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+407.688%2FSP>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. *RE-AgR n. 464586*, Primeira Turma. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento em: 24 nov. 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760422/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-64586-sp>. Acesso em: 07 jun. 2016.

CARLI, Ana Alice de. *Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família*: comentários à Lei 8.009/90. 4.ed., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HORTA NETO. João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. *Jus Navegandi*. Teresina, ano.11, n.1476, 17 jul. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp? Id=10149>. Acesso em: 06 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREZ, Pablo Luis Barros. O bem de família versus a fiança locatícia. *Jus Navegandi*. Teresina, ano.7, n.97, 8 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4341>. Acesso em: 07 jun. 2016.

PRATES, Clyde Werneck**.** *Locação Predial*: aspectos relevantes. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70067739193, da Décima Sexta Câmara Cível. Agravante: Araci Correa. Agravado: Darlene da Costa Gill. Relator: Ergio Roque Menine. Julgamento em: 28 jan. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067739193&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-

8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 07 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000272203, da Décima Sexta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Apelante: Selvino Webber. Apelado: Clecio Paulo Pretto. Relator Paulo Augusto Monte Lopes. Julgamento em: 21 jun. 2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=penhorabilidade+bem+de+familia+fiador&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 07 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000939769, da Décima Quinta Câmara Cível. Apelante: Genesio Mario Bisi. Apelado: Ingrid Maria Klering. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Julgamento em: 28 jun. 2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=penhorabilidade+bem+de+familia+fiador&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 07 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000424002, da Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelante: Carlos Antonio Anschau. Apelado: Reinaldo Carlos Momberger. Relatora Genacéia da Silva Alberton. Julgamento em: 06 set. 2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=penhorabilidade+bem+de+familia+fiador&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 07 jun. 2016.

SAVATER, Fernando. *Ética como amor próprio*. São Paulo: Marins Fontes, 2000.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação:* análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com direitos da personalidade. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.