

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

ANALYSIS OF THE GUARANTEE IN RESIDENTIAL AND COMMERCIAL RENTALS IN THE LIGHT OF THE NOVEL INTERPRETATION OF THE SUPREME COURT, THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING AND THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION

Sergio Iglesias Nunes de Souza

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor Titular de Direito Civil III na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado, São Paulo (Brasil).
E-mail: sergio.iglesias@direitosbc.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9586455428620251>.

Submissão: 03.10.2019.

Aprovação: 07.04.2020.

RESUMO

O artigo analisa a distinção ontológica entre o direito à moradia e o de habitação. A moradia é concebida como um bem extrapatrimonial à luz dos direitos da personalidade e a habitação é o efetivo exercício da posse sobre um determinado bem. A concepção é baseada na interpretação civil-constitucional do direito à moradia que, também sob a perspectiva internacional, é um direito humano fundamental. A partir dessas premissas técnicas, o artigo, baseado em estudos anteriores pelo autor, analisa a necessária distinção entre fiança nas relações locatícias residenciais e comerciais. Tratando-se de fiança como uma garantia pessoal e a impenhorabilidade do bem de família compromete o bem da moradia, já que em todo e imóvel efetiva-se a habitação, daí concluir-se pela inconstitucionalidade da penhora do único imóvel residencial do fiador. Na caução prestada há individualização do imóvel, o que permite a sua penhorabilidade, até por não se referir às exceções de impenhorabilidade atribuídas pela Lei 8.009/90. O artigo estuda a necessária distinção da penhora do imóvel do fiador na locação comercial e residencial. Na locação residencial a fiança é um instrumento de estímulo aos contratos, atende à razão e ao fim social que é a moradia. Na locação comercial não se justifica a penhora do único imóvel residencial do fiador, em virtude de que os interesses comerciais não se sobrepõem aos interesses extrapatrimoniais que é a moradia em favor do fiador. O artigo traz uma interpretação conforme o texto constitucional e à luz dos direitos da personalidade quanto à natureza dos bens extrapatrimoniais envolvidos. Há estudo de recente decisão do STF – Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Por fim, o artigo elabora uma proposta de *lege ferenda* à luz do princípio da intervenção mínima com possíveis soluções que atendam ao bem comum socioeconômico e jurídico.

PALAVRA-CHAVE: Moradia. Fiança. Locação. Impenhorabilidade. Imóvel.

ABSTRACT

The article analyzes the ontological distinction between the right to housing and related rights. Housing is conceived as an off-balance sheet asset in the light of personality rights

and housing is the effective exercise of possession over a particular asset. The conception is based on the civil-constitutional interpretation of the right to housing, which, also from an international perspective, is a fundamental human right. Based on these technical premises, the article, based on previous studies by the author, analyzes the necessary distinction between surety in residential and commercial rental relationships. In the case of bail as a personal guarantee and the impenetrability of the family property compromises the good of the home, since in every property the dwelling takes effect, hence the conclusion of the unconstitutionality of the attachment of the only residential property of the guarantor. In the deposit provided there is individualization of the property, which allows its pledge, even for not referring to the pledging exceptions attributed by Law 8,009 / 90. The article studies the necessary distinction of the attachment of the guarantor's property in commercial and residential leases. In residential leasing, bail is an instrument to stimulate contracts, it serves the reason and the social purpose of housing. In the commercial lease, the pledge of the guarantor's only residential property is not justified, since the commercial interests do not overlap with the off-balance-sheet interests, which is housing in favor of the guarantor. The article provides an interpretation according to the constitutional text and in the light of personality rights regarding the nature of the off-balance sheet assets involved. There is a study of a recent decision by the STF - Supreme Federal Court (Brazil) on the subject. Finally, the article elaborates a proposal of lege ferenda in the light of the principle of minimum intervention with possible solutions that meet the common socioeconomic and legal good.

KEYWORDS: Housing. Bail. Location. Untenability. Property.

1 BREVE PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

O Superior Tribunal de Justiça¹ reiterou, no regime dos recursos repetitivos estabelecido no CPC/15, pela possibilidade de penhora do único imóvel do fiador em contrato locatício:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL

1. Para fins do art. 543-C do CPC: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990".

¹ Há, ainda, outros julgados recentes do STJ que já se manifestaram no mesmo sentido (AgRg no REsp 1347068/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª turma, j. 09/09/14, DJe 15/09/14; AgRg no RMS 24.658/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 03/06/14, DJe 20/06/14; AgRg no AResp 151.216/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 26/06/12, DJe 02/08/12; AgRg no EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 771.700/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, 6ª Turma, j. 28/02/12, DJe 26/03/12; AgRg no REsp 1061373/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 07/02/12, DJe 27/02/12; AgRg no AREsp 31.070/SP, 4ª Turma, j. 18/10/11, DJe 25/10/11; AgRg nos EDcl no Resp 911.321/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 05/10/10, DJe 25/10/2010; AgRg no REsp 1088962/DF, Rel. Min. Sidnei Benedi, 3ª Turma, j. 15/06/10, DJe 30/06/10)

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

2. No caso concreto, recurso especial provido”. (STJ, Recurso Especial n. 1.363.368-MS (2013/0011463-3, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2014, DJe 21/11/2014)

A partir disso, criou-se a Súmula 549:

É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão em relação locatícia, frise-se, na ocasião, em caso que envolvia um contrato de locação de imóvel residencial, entendeu ser admissível a penhora do imóvel do fiador:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, com a redação da Lei 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, da Lei n. 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 da República (RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 06/10/2006)

Em 13/08/2010, na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) n. 612.360/SP, ante a discussão do RE 407.688 o Supremo Tribunal Federal manifestou-se: “Constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência de Repercussão Geral”. (RE 612360 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 13/08/10, DJe 03/09/10).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Seção de Direito Privado 3, em 2010, proferiu o seguinte entendimento através da Súmula 08: “É penhorável o único imóvel do fiador em contrato locatício, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009, de 29/03/1990, mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 14/02/2000”. (DJe 06/12/10, p. 02)

Todavia, o STJ, ao lado de diversas decisões de outros Tribunais, já entendeu em diversos julgados anteriores de que o imóvel do fiador é impenhorável para satisfação de crédito em relação locatícia, afastando a aplicabilidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. Dentre eles, cite-se:

Recurso Especial. Processual Civil e Constitucional. Locação. Fiador. Bem de Família. Impenhorabilidade. Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. Não Recepção. Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei 8009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/00).

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Recurso desprovido. (STJ, 5ª Turma, REsp n. 699.837/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/05).

E o STF, igualmente, também já entendeu, neste sentido, conforme o Min. Carlos Velloso no RE nº 352.940-4.

A mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal se deu no RE 605.709, j. 12/06/18, publicado no Diário Oficial no dia 19/02/2019, pendente do trânsito em julgado em que foi objeto de embargos de divergência, balizou-se por premissas fáticas distintas que impedem a submissão do caso concreto que envolve contrato de locação comercial as mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, pela Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. E, dessa forma, decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa.

Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. (STF, RE 605.709, j. 12/06/18).

A conclusão do v. acórdão supra do STF é atribuir efeitos distintos quanto à penhorabilidade do imóvel do fiador para locação residencial e locação comercial. Isto é, quando a fiança visa garantir a locação residencial não há que se dizer em inconstitucionalidade; se se tratar de fiança concedida em locação comercial, deve-se considerar a fiança inconstitucional à luz do art. 6º da CRFB/88 e, portanto, inválida.

2 O DIREITO À MORADIA E DIREITO DE HABITAÇÃO

É de relevância não só conceitual, mas quanto aos seus efeitos, o estudo pela ciência jurídica acerca da habitação, residência, domicílio e moradia, buscando-se a distinção desses

institutos na perspectiva da função social destes direitos e para a percepção de um direito civil-constitucional, já que o direito civil não deve se desvencilhar da CRFB/88, embora contenha sua autonomia e características próprias. Na interpretação teleológica da habitação, deve-se atentar que o direito à moradia estabelecido no art. 6º da CRFB/88 é um direito social, de eficácia vertical e horizontal, mas na ciência do direito civil, trata-se a moradia como um bem da personalidade (com eficácia entre os particulares).

O direito à moradia estabelecido no art. 6º da CRFB/88 não é um direito com finalidade específica a fim de atender apenas àqueles que necessitam de uma subsistência mínima, isto é, aos pobres ou desvalidos ou em extrema miséria. Assim como não é o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, todos também elencados no art. 6º da CRFB/88. Poderíamos dizer que tais direitos sociais seriam apenas direitos subjetivos públicos de pedir ao Estado um mínimo ético (“*minimum eticum*”) para existir no direito moderno? Seriam, portanto, restritos a estes necessitados de um patrimônio mínimo?

Se assim interpretarmos, a menção da assistência aos desamparados seria parcela de texto redundante ao art. 6º da CRFB/88 e nem se cogite da afirmação de um reforço aos direitos anteriores mencionados, já que alimentação, previdência social, por exemplo, não são destinados aos pobres, mas a todos. E o mesmo se diga à moradia. É certo dizer que tais direitos norteiam o “*minimum eticum*”, mas não se presta apenas a estes que necessitam do mínimo ético. A amplitude e eficácia do direito social é maior à luz da CRFB/88 e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, a habitação é a posse ou detenção, isto é, a ocupação do bem móvel² ou imóvel para esta natureza própria.³ Quem exerce a habitação não exerce a posse ou detenção do bem por outra natureza, isto é, atividade comercial ou profissional ou, ainda, não exerce a habitação se aluga o bem para obtenção de vantagem pecuniária, obtendo seus alugueres. Logo, em relação ao imóvel alugado o locador poderá ter a posse indireta, característica da

² Vale lembrar que habitação pode recair sobre um bem móvel, como por exemplo em um trailer ou embarcação (iate), muitas, inclusive, com facilidade de montagem em poucas horas, geralmente destinada às casas de campo ou, excepcionalmente, às pessoas que viajam diuturnamente. Nos Estados Unidos da América é muito comum casas móveis em madeira para finalidade de campo e recreio.

³ O Código Penal estabeleceu que o termo “casa” compreende, para fins penais, todas as hipóteses elencadas no art. 150, par. 4º: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Mas, para efeitos desta norma, ante o caráter de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal como última “ratio” para a solução dos conflitos, exclui do conceito de casa: hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto for aberta, exceto o disposto no art. 150, par. 4º, II; e a taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. Para o direito civil moderno, entende-se por casa o bem móvel (“trailer”) ou imóvel, fungível ou infungível, de natureza patrimonial em que se tem a habitação.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

sua propriedade, mas não ocupa o bem para a habitação – direito que lhe é facultativo com fundamento na “res”.

É possível, contudo, que alguém, ao obter os aluguéis, utilize-se do valor para pagar as prestações de um financiamento imobiliário de um imóvel que habita. O valor dos aluguéis utilizados para a sua subsistência ou pagamento das prestações de outro imóvel em que habita destina-se à sua moradia. Sendo o aluguel um fruto civil, é sustentável a impenhorabilidade desses frutos. Por isso, os frutos dos aluguéis obtidos são impenhoráveis, pois a destinação desse valor visa a proteção do bem da personalidade da moradia em que exerce a habitação naquele imóvel financiado.⁴

Daí, neste sentido, a Súmula 486 do STJ: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

Portanto, ainda que prosélitos não adotem a tese da interpretação civil-constitucional, a moradia é, para o direito civil, bem extrapatrimonial da personalidade, pois é bem essencial à existência digna de todos, pobres ou afortunados, conceito este inerente aos bens extrapatrimoniais da personalidade. E não se confunde com a habitação que guarda estreita relação ao imóvel do titular de direito.

Na ocupação do imóvel com a natureza de habitação, o CC/02 vale-se do termo HABITAÇÃO e suas variações em “habitar” em diversos dispositivos legais: aquele que habitar prédio ou mesmo parte dele (ex: apartamento) no art. 938; o qualifica também como direito real, art. 1225, VI; no exercício da posse de um prédio pelo possuidor ou proprietário, fazendo cessar as interferências dos que o habitam, art. 1.277; quando o uso consistir no direito de habitar a casa alheia, art. 1.414; o direito de habitar conferido a mais de uma pessoa, permitindo o uso gratuito em relação a outro que tenha o mesmo direito e, ao mesmo tempo, não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la, art. 1.415; a aplicação para a habitação as disposições relativas ao usufruto (por exemplo, o recebimento de alugueres), art. 1.416; aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela, art. 1.736, V e, ainda, o direito real de habitação com características próprias

⁴ Vale lembrar que há excludentes da proteção da impenhorabilidade quando evidenciado a perda da finalidade para a moradia, como a hipótese de fraude contra credores ou à execução (STJ, REsp 1.364.509-RS, j. 10/06/14, Rel. Min. Nancy Andrighi) por constituir-se em abuso do direito decorrente do princípio *venire contra factum proprium* (teoria dos atos próprios) que, segundo nosso pensar, tem seu substrato no tradicional princípio romano do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza). Ou, ainda, são excludentes da impenhorabilidade do imóvel que se admite para a proteção do credor a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (Lei 8.009/90, art. 3º, inciso VI), dentre outras hipóteses no âmbito da colisão de direitos no caso concreto.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

ao cônjuge sobrevivente, art. 1.831,⁵ todos do Código Civil de 2002. Já no artigo 1.240-A do CC/02, ao tratar da usucapião familiar, refere-se ao “abandono de lar”, isto é, o “lar” não se refere somente ao imóvel ou deixar de ter a posse direta desta somente, mas também ao abandono da família, quando se abstém de dar afeto aos filhos, por abandono afetivo e, ainda, o abandono material ao não suprir as necessidades da família quando não paga a pensão alimentícia que lhes sejam cabíveis.

Para o direito civil, se alguém é constrangido ou se lhe retira o direito de habitar, quando este existente, surge a possível violação do seu bem de envergadura maior que é a moradia. Sendo a moradia um bem da personalidade, passível é o direito de proteção preventiva, compensatória (indenização compensatória por danos morais) e repressiva (teoria do desestímulo e caráter pedagógico da indenização por danos morais), observados os diversos critérios de quantificação da indenização do dano moral da razoabilidade e proporcionalidade firmada pelo STJ.⁶

Por esta razão, adota-se uma teoria (“*doctrine*”) da distinção (“*distinguishing*”) e necessária complementaridade dos círculos concêntricos (“*complementarity*”, em que é muito comum esta interpretação similar na adoção da teoria do diálogo das fontes nos direitos difusos e coletivos) entre o direito à moradia, domicílio, residência e habitação.⁷

A adoção de uma teoria distintiva não tem caráter formalista, em que pese certo tom de segurança e racionalidade jurídica⁸ quanto à eficácia nesta interpretação. Ao contrário, dá-se como reflexo da concepção dinâmica do direito, da interpretação das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, bem como dos princípios gerais de direito que norteiam o atual Código Civil de 2002 (comumente denominado Código Reale), bem como os seus alicerces pela socialidade (fato), operabilidade (norma) e a eticidade (valor). (REALE, 200, p. 121). Isto é, para critérios de ponderação de interesses há interpretação e não subsunção, como ocorre com as regras inseridas nas normas jurídicas.

O direito à moradia é concebido, sob o prisma constitucional, como um direito de segunda dimensão (na forma de liberdades públicas impõe obrigações positivas e negativas ao

⁵ A Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único estabelece o direito real de habitação para o sobrevivente de união estável de forma condicionada.

⁶ STJ, AgRg no REsp 492634, 4ª Turma, j. 06-05-14, DJe 19-05-14, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. O Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil admite a função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil do disposto no art. 944 do CC/02.

⁷ Adoção da teoria e sua análise pelo autor deste artigo em *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

⁸ Para a distinção entre racionalidade formal e material recomenda-se WEBER, Max, *Law in Economy and Society*. Organizado e anotado por Maz Rheinstein. New York: Clarion Book, 1967; para estruturas e funções do direito, BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Poder Público para garantir a dignidade da pessoa, uma vida digna). E, ao mesmo tempo, há a sua concepção à luz do direito civil no campo dos direitos da personalidade (garantias mínimas na perspectiva privada). E a visão civil-constitucional é necessária para uma melhor visualização desse direito com a completude do direito de habitação, que é a sua materialização ou instrumentalização pelo bem.

A “*doctrine distinguish and complementarity of concentric circles*” (doutrina da distinção e complementaridade dos círculos concêntricos do direito à moradia e o de habitação)⁹ permite visualizar a distinção entre habitação, residência, domicílio e moradia. É preciso distinguir para compreender ambos os direitos no plano da existência e da ontologia e complementá-los para o plano da eficácia.

O seguinte raciocínio é possível à luz das esferas dos círculos concêntricos para a elucidação da distinção de habitação, residência, domicílio e moradia: toda pessoa natural que reside em um lugar com ânimo definitivo tem ali seu domicílio e, ao mesmo tempo, naquele lugar tem sua residência e sua “*habitatio*”.

Note que nem todo aquele que em um lugar habite, significa necessariamente que ali resida; o fato de residir em determinado lugar não implica que ali seja seu domicílio, embora ali tenha a sua habitação. Mas é no lugar em que tiver o seu domicílio (intenção de permanecer), decerto, ali também reside (elemento objetivo) e, ao mesmo tempo, habita. E, ainda, é possível que ele habite um imóvel, sem residir, como a hipótese de estar em uma casa de praia a passeio, com sua posse direta apenas em um fim de semana. E, se o faz habitualmente, por ser sua casa particular de recreio, pode-se dizer que ali reside ou, quiçá, se onde alternadamente viva, constitui-se também em domicílio (art. 71 do CC/02). São relações jurídicas dinâmicas, conforme a hipótese mencionada.

⁹ A construção teórica quanto ao tema da moradia visa a formação da neutralização política do Poder Judiciário com os demais Poderes Executivo e Legislativo, embora, em si, o juiz atue como agente político do Estado na função típica jurisdicional e na concepção de Estado de Direito liberal como característica do modelo subsuntivo e, portanto, é uma das formas de manifestação do Poder Estatal. A crise atual da subsunção, o debate da vinculação entre interpretação e determinação do direito pelos juízes e os desafios atuais para a possibilidade de compreensão racional desse processo evolutivo para a ciência jurídica são os temas atuais nas reflexões do conceito da integridade do direito desenvolvida por Ronald Myles Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, Londres-Inglaterra, 1986, para uma racionalidade judicial contemporânea. A teoria do direito como integridade opõe-se às formulações do pragmatismo e o convencionalismo jurídico (entendido este no sentido de que as proposições jurídicas somente são verdadeiras quando decorrentes da equidade, da justiça e devido processo legal ditada por uma determinada sociedade, já que o convencionalismo é uma interpretação do positivismo jurídico e se não houver solução pela convenção jurídica previamente concebida, o juiz deverá recorrer ao seu poder discricionário fundamentado (art. 93, IX da CRFB/88), a fim de evitar acusações de arbítrio ou usurpação de poder. O Enunciado n.º 128 do III FPPC-Rio referente ao art. 458 do CPC/73 estabelece: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 499”.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A habitação, residência, domicílio e moradia não têm diferenças valorativas, mas ontológicas.¹⁰ Poderá haver o interesse de habitar por alguém que recaia sobre determinado imóvel, mas inexistir o direito de habitação. Daí por quê, v.g, a invasão de áreas sem o direito de habitar¹¹ não é autorizada pela imissão ou turbação em grandes centros urbanos¹² sob o mero interesse individual do direito à moradia, sem sopesar outros direitos envolvidos (como a propriedade que atenda à função social, o planejamento urbano, mobilidade, etc.), principalmente, se houver ordem judicial de reintegração possessória pelo Estado de Direito da sociedade atual.¹³ É equivocada a adoção de políticas públicas que priorize o direito à

¹⁰ Há quem sustente ser a moradia um interesse habitativo, baseado nos estudos do direito italiano até a década de 80 e decorre claramente da teoria do interesse (TEPEDINO, Gustavo, *Diritto all'abitazione e rapporti locatizi*, Tese (Doutorado) Univeristà degli Studi di Camerino, Facoltà de Giurisprudenza, Scuola di Perdezionamento in Diritto Civile. Relatore Prof. Guido Biscontini. Correlatore Prof. Francesco Prosperi. Anno Accademico 1984-1985, p. 86-7; e que o interesse habitativo faz parte da tutela da personalidade, como GODOY, Luciano de Souza, *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*, São Paulo: Renovar, 2006, p. 56).

¹¹ O direito de habitação pode ser adquirido por contrato, testamento ou disposição de lei, a exemplo do que ocorre no art. 1.485 do Código Civil de Portugal. A habitação sem qualquer desses títulos, porém, poderá ensejar usucapião, a fim de atender ao bem da moradia e, ao mesmo tempo, o direito de propriedade, inclusive, condicionado que o possuidor não tenha outro imóvel urbano ou rural para a sua moradia. Nesse passo, observa-se que a função social se sobrepõe ao direito real, sendo aquele determinante, e este, determinado. O direito à moradia é um direito absoluto (no sentido de “erga omnes”), mas não no sentido de predominância sobre todos os outros direitos em abstrato, até em virtude da unidade da CRFB/88, em que a colisão de direitos se dá apenas no plano concreto. SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de, *Direito à moradia...*, ob. cit., p. 113.

¹² Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada, in: José Geraldo de Sousa Junior (org.). *O direito achado na rua*. Editora Universidade de Brasília, 1987: “existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ser uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura racial como, por exemplo, num período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como nas favelas, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação”.

¹³ Em prédios públicos em centros urbanos inutilizados por muitos anos, a sua ocupação desordenada sob o argumento do direito à moradia merece ser refletida. Se o Poder Público no âmbito de sua esfera de competência não dá destinação ao imóvel e função social, deve-se adotar e criar medidas pela possível caracterização de má administração ou improbidade administrativa, dentre outras cabíveis, conforme a hipótese. Não é pela ocupação desregulamentada e no reconhecimento judicial de casos pontuais do direito de habitar ou pelo despejo forçado que será solucionado com eficácia esse importante conflito social que merece uma maior atenção holística pelo Poder Público, em atenção ao direito à cidade, ao meio ambiente, transporte urbano e do direito à moradia. E, principalmente, porque a “res” pública significa bem de todos e não de ninguém ou somente do Estado. Se, após estudos verificar-se a ausência de outra melhor destinação de prédios públicos de caráter necessário à sociedade e seja viável a sua ocupação, necessita-se de uma regulamentação para tais procedimentos e que seja em conformidade com a legislação em vigor. A causa (e o caos) desses conflitos é dado pelo binômio inércia da administração e necessidade de habitações adequadas, assim como as dificuldades sistêmicas, desde a observância regular da agilidade à idoneidade dos processos licitatórios, sem olvidar que habitação adequada não significa necessariamente imóveis nas zonas centrais de elevado índice de concentração urbana e, em contrapartida, não pode ser relegado a áreas distantes e periféricas destas zonas urbanas. E, de igual forma, é vedado ao proprietário particular não dar destinação ao imóvel aguardando uma valorização imobiliária. Por essa razão, adveio a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) que traz instrumentos jurídicos e políticos de intervenção no espaço urbano que permitam o acesso à moradia: desapropriação, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção e a regularização fundiária. É preciso conciliar os institutos de direito privado com o direito público na ocupação de áreas das cidades, ou seja, da análise da CRFB/88 (art. 6º) da moradia como bem da personalidade pelo direito civil e leis urbanísticas que necessitam de regulamentação pelas

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

moradia, mas desatenda o direito à cidade, por afetar o interesse público e desatender o princípio da função social.

A moradia não é baseada no interesse habitativo como tutela da personalidade, mas na natureza da moradia que é o próprio bem da personalidade,¹⁴ porém, diferencia-se da habitação, pois este só recai sobre determinado imóvel a depender do direito que exista (propriedade, posse ou detenção para a habitação ou, ainda, da habitação habitual o faça para fins de moradia que, em certo prazo legal, pelo caráter da posse, adquira-o por usucapião), conforme o título de direito a que se propõe exercer.¹⁵

O bem da moradia é inerente à pessoa e independe, quanto à existência, de objeto físico para a sua proteção jurídica. Neste particular, com contornos dos direitos sociais previsto no art. 6º da CRFB/88 e direitos humanos, nos seus respectivos tratados. Moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é a relação entre sujeito e imóvel, seja decorrente dos direitos pessoais ou reais. A moradia é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico (como bem extrapatrimonial), assim como ocorre com o domicílio em relação à residência. A moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

prefeituras. Este entendimento deve ser observado também para prédios particulares em grandes centros urbanos e com celeridade no procedimento administrativo adotado.

¹⁴ Cf. BITTAR, Carlos Alberto, a tese prevalecte quanto à natureza dos direitos da personalidade, no pensamento de De Cupis, Tobeñas, Raymond Lindon, Ravanás, Perligieri, Limongi França, Milton Fernandes, Orlando Gomes, é pelo reconhecimento concreto desses direitos, embora discussões persistam quanto à natureza e são conceituados como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa. E continua aquele autor “O objeto desses direitos encontram-se nos bens constituídos, conforme Tobeñas, por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do ser humano, individualizados ou não pelo ordenamento jurídico e que apresentam caráter dogmático. Assim é que têm sido considerados, em todos os países, pela doutrina, como na Itália: Ferrara, Venzi, Ruggiero, Pacífici-Mazzoni, Coviello, Gangi, Messineo, Rotondi, De Cupis e Degni; na França: Planiol, Ripert, Boulanger, Lindon; em Portugal: Pires de Lima e Antunes Varela; na Espanha: Martin Ballester; no Brasil, Limongi França, Orlando Gomes, Milton Fernandes e outros tantos autores”. *Os direitos da personalidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 04-5.

¹⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena, seguindo lição de Goffredo Telles Jr. e posição similar ao de Carlos Alberto Bittar, entende que “a personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade”. *Curso de direito civil brasileiro*, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 01, 2011, p. 134. Por isso, o direito à moradia é direito subjetivo da personalidade pois é direito comum da existência, já que são permissões dadas pela norma jurídica (direito objetivo), a cada pessoa de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. O direito à moradia é “excludendi alios”, mas não o direito de habitação sobre um determinado imóvel, a depender da hipótese.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Na CRFB/88¹⁶ a moradia estabelecida no art. 6º como direito social estabelece sua eficácia imediata. O art. 7º, IV da CRFB/88 estabelece que o salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado deve ser capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia; e o art. 183 e 191 para a aquisição por usucapião.

O art. 23, IX, do texto constitucional, determina a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

O direito à moradia que se concretiza pelo direito de habitação também é direito humano no plano do direito internacional. O Estado signatário de tratados de direitos humanos¹⁷ e internacionais assume para si o dever de respeitar e desenvolver programas habitacionais perante a comunidade internacional, observar os princípios do desenvolvimento do direito à moradia e da proibição de retrocesso, sejam nas atividades políticas e/ou legislativas.¹⁸ Desse modo, é possível o controle de constitucionalidade e convencionalidade do direito à moradia do Estado brasileiro, ante o atual art. 6º da CRFB/88 e tratados dos quais o Brasil é signatário.

Várias tratativas ratificam esse entendimento. A “Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece no art. 25 que “todos têm o 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 serviços sociais indispensáveis”.

¹⁶ O preâmbulo da CRFB/88 não tem força normativa, segundo o entendimento do STF (ADI 2.074 e ADI 2076 embora na doutrina entre os constitucionalistas seja esta a posição minoritária) e encontra-se como valor meramente político, mas ainda que assim interpretada quanto à sua natureza, estabelece: “[...] para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]”. Logo, deve a posição política do Estado brasileiro ser a efetivação do direito social à moradia.

¹⁷ No Pleno do STF (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO), a tese vencedora capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes é a de que os tratados relativos a direitos humanos firmados antes da inclusão do par. 3º do art. 5º da CRFB/88, isto é, sem a observância do quorum qualificado, são normas de valor supralegal (criando-se uma nova denominação de hierarquia) e os tratados sem natureza de direitos humanos estariam no plano de validade legal. Há quem sustente um “tom maior”, isto é, os tratados de direitos humanos estariam no plano equiparado à norma constitucional e os tratados não relacionados aos direitos humanos teriam natureza de norma supralegal, conf. “passim”, MAZZUOLI, Valério, *Direito dos tratados*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, 256p.

¹⁸ O Comentário Geral n. 03 (5ª sessão de 1990) do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto à natureza das obrigações dos Estados-partes, item 02 estabelece: 2. “O outro é o compromisso no artigo 2 (1) de adotar medidas (“*take steps*”), o que, por si só, não é qualificado ou limitado por outras considerações. O completo significado da frase pode também ser avaliado observando-se algumas das diferentes versões linguísticas. Em inglês, o compromisso é “*to take steps*”, em francês é “*s’engage à agir*” (agir) e em espanhol é “*adoptar medidas*”. Assim, enquanto a completa realização de direitos relevantes pode ser alcançada progressivamente, providências em direção ao objetivo devem ser tomadas dentro de um tempo razoavelmente breve depois da entrada em vigor do Pacto para os Estados envolvidos. Tais providências devem ser deliberadas, concretas e dirigidas às metas tão claramente quanto possível em direção à realização da obrigação reconhecida no Pacto”.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, com características idênticas aos direitos da personalidade (já que estes guardam sua relação jurídica incidente entre os particulares, isto é, são os mesmos direitos, mas à luz do direito civil sob o ângulo da situação jurídica existente e que se destacam com maior importância pelo reforço jurídico no plano constitucional e internacional).

Tais direitos humanos, como a alimentação, vestuário, moradia, saúde e segurança, devem ser assegurados e respeitados para que a pessoa natural possa ter um padrão de qualidade e de vida adequada. Bise-se, porém, que não é uma proteção privilegiada aos em extrema miséria, mas de todos quando necessitarem do uso de tal direito.

O direito à moradia foi ratificado na: “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial” (1965); “Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher”(1979); “Convenção sobre os Direitos da Criança”(1989); “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); “Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver” (1976); “Declaração sobre o Desenvolvimento” (1986); e “Agenda 21” (1992); “Agenda Habitat II” (1986). A moradia é um bem relacionado à pessoa. A habitação incide sobre um bem patrimonial.

O modo de interação do direito à moradia com a sociedade revela, ainda, a sua inter-relação com o direito à cidade.

E, ainda, o direito à moradia, sob a perspectiva dos círculos concêntricos para os interesses da sociedade, além de intimamente estar relacionado com o direito à cidade, já que o indivíduo é inserido em um contexto social, deve ser considerada a habitação como um fato ambiental¹⁹ para a análise dos direitos difusos e coletivos, na perspectiva do direito ambiental.

¹⁹ É a habitação, nesse sentir, também um fato ambiental já que a Resolução da ONU, Comentário Geral n. 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 12 de dezembro de 1991, embora não a conceitue, trata dos componentes do direito à moradia, dentre vários, a habitação, assim compreendido pelo termo “habitabilidade”. “Os componentes do direito à moradia são os seguintes: (...) d) Habitabilidade. A moradia adequada deve ser habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegendo-os do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida também. O Comitê incentiva os Estados partes a aplicar amplamente os Princípios da Higiene da Moradia preparados pela OMS, que consideram a moradia o fato ambiental que, com mais frequência, associa-se às condições favoráveis à transmissão de doenças em análises epidemiológicas, significando que, as condições inadequadas e deficientes de moradia e de vida são associadas, invariavelmente, às taxas mais elevadas de doenças e mortalidade”. (g.n.) Entende-se aqui no sentido próprio de habitação pelo contexto da norma, já que é no lugar em que a pessoa natural está há a associação das condições

Por isso, denota-se que o Estado brasileiro tem o dever de atuar também legislativamente em atenção ao direito à moradia reconhecido internacionalmente como um dos direitos humanos.

Veremos que o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 merece uma interpretação conforme a CRFB/88 e, quiçá, sua revogação com a substituição por uma nova solução que atenda aos anseios sociais, mas se observe o ordenamento jurídico vigente em todos os níveis normativos.

3 ANÁLISE DIFERENCIADA DOS BENS JURÍDICOS ATINGIDOS CONFORME A MODALIDADE DE GARANTIA LOCATÍCIA

A discussão da temática quanto à recepionalidade ou não do art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 ao novo art. 6º da CRFB/88 após a Emenda 26 de 14.02.2000 que incluiu expressamente o direito à moradia como um direito social necessita de uma análise cotejada com a natureza jurídica dos institutos da caução e da fiança, sob pena de abordarmos a questão, segundo nosso humilde pensar, com alguns equívocos.

A problemática enfrentada deve ser compreendida ante o debate da eficácia dos direitos constitucionais e a natureza jurídica desses direitos, interpretada à luz do princípio da função social de tais contratos de locação e fiança e, igualmente, a moradia.

Embora a decisão de prestar fiança seja uma expressão da liberdade e do direito à livre contratação, nem por isso, seria válido o consentimento que implique em renúncia de certos bens da personalidade, tal como ocorre com outros bens extrapatrimoniais, como a vida, a cessão da imagem por tempo indeterminado, a renúncia da honra antecipada por contrato, etc. É pacífico o entendimento de que os bens da personalidade são irrenunciáveis e impenhoráveis. E a impenhorabilidade também ocorre para a moradia, pois na fiança a garantia é fidejussória.

O inciso VII do art. 3º da Lei 8009/90, por interpretação lógica do próprio texto legislativo, reconhece que o único imóvel de natureza residencial do fiador é bem de família, mas o exclui por norma posterior (art. 82 da Lei 8.245/91). Entender que aquele que assina contrato de locação como fiador – baseado em tais contratos no princípio da

de habitabilidade, tais como a evitabilidade de transmissão de doenças, proteção do frio, umidade, calor, chuva, etc. O Enunciado 14 de Direito Civil do Fórum Nacional dos Juizados Especiais utiliza o termo “habitabilidade”: “Os bens que guarnecem a residência do devedor, desde que não essenciais à habitabilidade, são penhoráveis”, isto é, os bens móveis que diretamente atendam à moradia da pessoa.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

solidariedade por ser, normalmente, gratuito – inclui, por presunção, o comprometimento de seu bem de família. A presunção legal é a de não inclusão do bem de família na garantia fidejussória que é a fiança, justamente por que a moradia é também bem da personalidade, embora não seja taxativamente determinado por lei.

Carlos Alberto Bittar pontifica que os direitos da personalidade: “Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis ‘*erga omnes*’”.²⁰ (g.n.)

Quando se estabelece a fiança para satisfação do crédito oriundo de contrato de locação tem-se, sob o prisma prático, a renúncia e efetiva penhora do bem imóvel do fiador que se destina à moradia. Isto é, em todo e qualquer bem imóvel que o fiador nele se estabeleça para sua moradia, desde que de sua propriedade, será suscetível de penhora para o pagamento da obrigação do devedor principal.

Isso porque a fiança é uma garantia de natureza pessoal. O que se garante na fiança prestada é o bem da moradia em favor do locador. Durante a consecução do contrato de locação o fiador, a qualquer tempo, poderá, se admitida a validade do art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, sofrer a penhora de seu imóvel atual, seja ele qual for, ainda que substituído no interregno de tempo do contrato locatício. Aliás, nessa esteira, poderia ser penhorado até mesmo outro imóvel que inexistia no início da locação, por exemplo, se o fiador adquiriu um novo imóvel, poderá este também servir para a satisfação do credor.

A fiança é garantia que compromete a moradia do ser humano para a satisfação do patrimônio do credor e, por si, afronta o bem de família legal involuntário que é regido como princípio elementar da dignidade da pessoa humana (norteador dos bens extrapatrimoniais da personalidade), já que se deve garantir um mínimo existencial a todos, principalmente, ao fiador que celebra instrumento ordinariamente benéfico e gratuito. E o alicerce desse entendimento está insculpido no art. 1º da Lei 8.009/90. Difere-se do bem de família voluntário do art. 1.711 do Código Civil de 2002, cuja natureza é distinta e com aquele não se confunde.

Note-se claramente que o fiador, nestas condições, na interpretação elementar que regem os contratos de fiança tem-se a adoção de uma interpretação extensiva, isto é, recairá sobre qualquer bem imóvel que durante a fase executória exista em nome do

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto, “Os direitos da personalidade”, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1995, p. 11.
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 89-115, Jan.-Abr. 2020.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

fiador para satisfação do crédito, ainda que seja o seu único de natureza residencial. Isto é, ao admitir-se a penhora do imóvel do fiador, seja ele qual for em determinado momento, tem-se o comprometimento extensivo da moradia do fiador sobre qualquer bem imóvel que nela exerça a sua única morada.

Admitir a penhora de qualquer imóvel de propriedade do fiador decorrente de fiança prestada em contrato de locação, especialmente, para fins apenas comerciais é aceitar a renúncia e penhora do bem extrapatrimonial da moradia em benefício maior a um direito patrimonial, pois retira-lhe a habitação de forma indiscriminada.

De outra sorte, o princípio do “*pacta sunt servanda*” há muito tempo sofreu seus temperamentos e é largamente conhecida as inúmeras hipóteses de limitação da autonomia da vontade e, no caso, há limitação da vontade de contratar quando violar normas de natureza cogente. E o art. 1º da Lei 8.009/90 é norma desta natureza que tem em seu substrato a garantia de um patrimônio mínimo existencial de todos, sejam aqueles que estão em situação de miséria ou não. Aliás, quem já tem algum bem de família comumente encontra-se nesta última classificação, socialmente privilegiada, mas nem por isso não faria jus ao invocar seu bem essencial e único para sua sobrevivência, em imóvel por força de fiança que não foi individualizado como garantia da relação locatícia e, portanto, violador por interpretação teleológica do direito à moradia.

Na interpretação do art. 6º da CRFB/88, sob a nova redação da EC 26, bem como dos tratados de direitos humanos que reconhece o direito à moradia também como direito fundamental, destaca-se a lição de José Afonso da Silva quanto à eficácia deste direito social:

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família – e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente. (SILVA, 2007, p. 315).

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Vale mencionar que os movimentos, a partir da segunda metade do século XX, diante das duas grandes guerras mundiais, edificaram sistemas de princípios universais para a defesa da personalidade humana, em especial, a da Assembleia Geral da ONU de 1948 e a Convenção Europeia de 1950 e o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre a proteção dos direitos civis de 1966. Com isso, criaram-se Constituições com capítulos próprios para a enumeração de direitos humanos e, dessa maneira, ampliou-se o número de direitos privados reconhecidos ao nível constitucional e internacional. (BITTAR, 1995, p. 57). E com a moradia não foi diferente. O art. 1º da Lei 8.009/90 tem por finalidade justamente a proteção do bem da moradia de todo o ser humano, ainda que apenas única pessoa resida em determinado imóvel.

O art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, mas criada pela Lei 8.245/91 (art. 82), não ecoa mais como uma realidade adequada à nova sistemática brasileira, seja sob o prisma jurídico ou, ainda, sequer econômico se justifica a sua manutenção.

Sob a perspectiva do direito civil, a moradia como bem da personalidade não é um direito meramente abstrato, intangível ou de nenhuma eficácia. A resistência no seu reconhecimento ou mitigação à determinada classe social é infundada. A moradia é bem da personalidade que merece proteção legal e é dever do Estado assim atuar também no âmbito legislativo. E, por conseguinte, caberá ao Poder Judiciário aplicar a melhor interpretação conforme o texto constitucional e à luz do direito civil no que tange ao bem da personalidade que é a moradia.

O art. 3º, inciso VII atribuído pelo art. 82 da Lei 8.245/91 não comporta validade, por não recepção ao art. 6º da CRFB/88 c/c EC 26, numa interpretação conforme com o texto constitucional. Foi nesse exato sentido o novel entendimento do STF no RE 650.709.

4 PROPOSTA DE SOLUÇÃO JURÍDICA EM ATENÇÃO AO INTERESSE IMOBILIÁRIO E AO BEM EXTRAPATRIMONIAL DA MORADIA

O contrato de locação residencial funciona como instrumento de acesso à moradia e, por isso, a fiança como contrato acessório visa a garantir a satisfação dos interesses não só econômicos, mas também sociais do principal, isto é, a locação residencial, em atenção também à teoria da grativação jurídica.

Isto é, não foi refletida pela Suprema Corte, até o julgado do RE 605.709, a necessária distinção dos efeitos da penhora do imóvel fiador em contrato de locação

residencial e o comercial/empresarial, como já entendíamos ser necessária esta distinção.²¹ O primeiro, comporta a penhorabilidade, ante o acesso à moradia que referido instrumento contratual principal oferece à sociedade. Contudo, o segundo não se justifica, ainda que diante do mero interesse econômico, com comprometimento do bem extrapatrimonial do indivíduo.

Já a questão da boa-fé da parte contratante só comporta sua análise se e, tão somente se, for dada em caução um imóvel específico e discriminado no instrumento, pois, neste caso, se o fez nestes termos, procede o argumento de que a cláusula contratual tem validade para que o imóvel seja penhorado e cometeria aquele abuso do direito, isto é, violaria o princípio do “*venire contra factum proprium*” ou teoria dos atos próprios, se, ao depois, invocasse a sua impenhorabilidade. E quando dado em caução há a delimitação de um bem imóvel e não do bem da personalidade da moradia. Eis a diferença ontológica. Quem viola a norma não pode invocá-la em seu benefício (“*nemo auditur turpitudinem suam allegans*”). Nota-se que a simetria nessa interpretação se coaduna com o disposto também aplicável aos incisos II e V do art. 3º da Lei 8.009/90 e a Lei do Inquilinato.

Todavia, o mesmo entendimento não se aplica àquele que procede em fiança, pois, sendo esta uma garantia fidejussória, não há individualização de bens materiais que possam sofrer excussão e inadmite-se a sua extensão. Não é possível afirmar em todas as hipóteses contratuais que haja abuso do direito na fiança dada ou má-fé, já que esta, sendo elemento subjetivo, não se presume. É possível que ocorra que o fiador, ao firmar o compromisso, durante o período locatício seja surpreendido com um único imóvel residencial por mudanças repentinas na sua conjuntura econômica por diversos fatores externos ou haja conscientização de seu próprio estado de insolvência somente no ato da excussão, embora este deva agir diligentemente, de modo que, se isso for conhecido, requerer a imediata desoneração para garantir não só os seus interesses, como também os do credor.

Firmando-se por caução prevalece a autonomia da vontade, porém, havendo a mera fiança pessoal fidejussória, como o próprio nome diz, prevalece a moradia com a reserva de seu patrimônio mínimo, isto é, o seu único imóvel residencial que constitui

²¹ Nesse sentido já havíamos nos posicionado no seguinte artigo: “Exclusão do imóvel do fiador da penhora e o direito à moradia. Diferenças ontológicas de fiança e caução na Lei 8.245/1991”. Revista dos Tribunais. Vol. 957/2015. p. 37-84, Jul./2015 e assim defendemos desde a sua edição fruto de dissertação de mestrado na PUC-SP em 2002 e reiterado em: “Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade”, 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 227 e ss.

bem de família legal. Por derradeiro lógico, não se pode estabelecer, por adendo legislativo posterior, a penhorabilidade do imóvel do fiador em contrato de locação, pois, se é impenhorável bens de menor extensão patrimonial, inclusive, do devedor principal, não poderia ser penhorado o próprio imóvel em que exerce a moradia o fiador, inclusive, devedor de contrato acessório. Se não pode o menos, não pode o mais “*a maiori, ad minus*”.

Se o locatário faz jus à impenhorabilidade de bens essenciais, tidos como bem de família, inclusive, seu único imóvel residencial, não poderia o fiador sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, por ser um contrato acessório, aplicando-se, quanto aos mesmos efeitos jurídicos, a teoria da gravitação jurídica (art. 92 do Código Civil), isto é, os efeitos do acessório seguem à mesma sorte do principal, salvo manifestação de vontade em contrário. E, nesta, obviamente, deverá estar em conformidade, “*in casu*”, com o art. 6º da CRFB/88, bem como a manifestação de vontade deverá ser válida já que implica em renúncia do acesso à moradia como fiador, mas assim não seria se apenas um imóvel específico fosse caucionado.

Na caução de imóvel individualizado ter-se-ia a presunção de que uma vez especificado o bem, o caucionante tem ciência (por vezes, poderá ser lavrado por escritura pública) das plenas condições da necessidade de sua reserva por substituição de sua morada em outro local.

Com a modalidade da caução, há a renúncia da habitação (direito este decorrente da propriedade do caucionante incidente sobre o imóvel caucionado) na hipótese de inadimplemento, mas não haverá a renúncia de sua moradia, já que a reserva de substituição de morada é expressa em instrumento privado ou público e individualizado. Aqui, não há espaço para o inadimplemento da caução a qual se reservou ou a alegação de impenhorabilidade, pois violaria a boa-fé objetiva (art. 187 CC/02).

Com efeito, deve-se admitir a penhora do imóvel dado expressamente em caução. A averbação no fôlio real será imprescindível para garantir-se os efeitos perante terceiros.

Isso por que pela caução o que se cauciona é o imóvel e não o bem imaterial da moradia. Há limitação do objeto patrimonial para a satisfação do credor e, caso este entenda ser suficiente, poderá, a qualquer tempo, exigir substituição da modalidade de garantia, tal como autoriza o art. 40 da Lei 8.245/90. Isto é, se foi dada inicialmente fiança e desaparecer bens móveis (inciso VI) ou houver alienação do imóvel (VII),

poderá ser exigido novo fiador ou substituição da modalidade para caução, por exemplo, no imóvel atual existente para resguardar o interesse do credor-locador.

5 SUGESTÕES DE “*LEGE FERENDA*” À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Por tudo o exposto, a proposta de uma solução legislativa torna-se pertinente e necessária a fim de atender aos anseios sociais, conciliando o ordenamento jurídico constitucional e civil.

O grave problema social é a insegurança jurídica das variações de entendimentos entre os Tribunais Superiores em todo o País ao longo das duas últimas décadas, bem como do próprio STF – Supremo Tribunal Federal, que deve ter por fim trazer segurança e estabilidade nas relações jurídicas. Buscado isso, acertou o STF em revisar seu posicionamento anterior com a recente decisão tratada neste estudo em que diferencia o tratamento legal no contrato de locação comercial e residencial e, inclusive, reconheceu a natureza jurídica da moradia como bem extratrimonial, defendida por nós, na referida decisão:

Foram acrescentados, pelas Emendas Constitucionais n^{os} 64/2010 e 90/2015, respectivamente, alimentação e transporte, ao rol dos direitos sociais enunciados no art. 6^o da Lei Maior, preservada, sempre, realço, alusão à moradia, inaugurada com a EC n^o 26/2000. O direito à moradia, vale enfatizar, não se confunde simplesmente com o direito à propriedade de imóvel. Trata-se, na dicção de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, de direito da personalidade, de natureza extrapatrimonial, essencial para viabilizar a existência humana digna (In: “Exclusão do imóvel do fiador da penhora e o direito à moradia. Diferenças ontológicas de fiança e caução na Lei 8.245/1991. (2015, p. 37-84).

Porém, é necessário, ainda, a solidificação deste entendimento, até que o Congresso Nacional modifique o atual texto legislativo da Lei 8.009/90 de modo a dar interpretação conforme à Constituição Federal de 1988, efetividade e vedado o retrocesso do direito humano fundamental e social à moradia, inculcado no art. 6^o naquela Carta da República.

Eis, assim, a nossa primeira proposta oriunda do estudo deste artigo, no sentido da substituição do inciso VII, do art. 3^o, pela seguinte redação:

Art. 3^o-A: Aplica-se a disposição do artigo anterior ao imóvel caucionado decorrente de contrato de locação.

Parágrafo único: A caução deverá observar a forma por instrumento particular ou público, se móvel deverá ser registrada em Cartório de

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Títulos e Documentos; a em bem imóvel, deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula. (BRASIL, LEI Nº 8.009, 1990).

Uma nova legislação neste sentido implicaria na conclusão de que o imóvel dado em fiança no contrato de locação, seja ele de natureza residencial ou comercial, ensejaria na sua impenhorabilidade, se determinado imóvel no ato da excussão for apresentado como único imóvel residencial do fiador, constituído como bem de família legal, nos termos já estabelecidos do art. 1º da Lei 8.009/90.

E, além disso, envolveria a caução em seu sentido específico, posto que se trata de fato de uma modalidade de garantia que ganhou contornos específicos na Lei 8.245/91, permitindo sua averbação na matrícula imobiliária, não sendo propriamente uma hipoteca. Neste diapasão, a caução pode ser fidejussória (fiança) ou real (caução) e, uma vez delimitada também a caução como forma de garantia sobre o imóvel das locações, poderá ser excluída da impenhorabilidade, na medida em que foi o imóvel específico dado em garantia e não seu bem expatrimonial a moradia, sem qualquer delimitação do objeto.

Razão pela qual, entendemos que a caução definida em um imóvel averbado na matrícula, poderá ser objeto de garantia e não é possível sustentar inconstitucionalidade ou violação do bem extrapatrimonial da moradia como bem da personalidade que é à luz do direito civil. Já que uma vez definido o objeto do imóvel em garantia, tanto para locações residenciais ou comerciais, o objeto dado onde se exerce a habitação foi comprometido, mas não se confunde com o bem extrapatrimonial da moradia. A mesma sorte, definitivamente jamais pode ser dada à fiança, garantia pessoal que é, que não limita o bem imóvel, ao contrário, a responsabilidade do fiador é ilimitada sobre qualquer bem em que exerça a sua única residência para fins de moradia. Eis, ainda, a diferença ontológica de habitação e moradia que implica em consequências práticas da possibilidade de se dar caução nas locações à luz do nosso sistema jurídico e, em sentido oposto, impossibilidade de se sustentar a fiança como garantia constitucional, no texto atual da Lei 8.009/90.

Tem-se, ainda, uma segunda proposta subsidiária redacional:

Art. 3º-A: Aplica-se a disposição do artigo anterior por obrigação decorrente de imóvel caucionado em contrato de locação ou se for dada fiança para o contrato de locação de natureza exclusivamente residencial.

Parágrafo primeiro: Na modalidade de caução deverá observar a forma por instrumento público, se móvel deverá ser registrada em Cartório de

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Títulos e Documentos; a em bem imóvel deverá observar a forma particular ou pública e ser averbada à margem da respectiva matrícula. (BRASIL, LEI Nº 8.009,1990).

Nesta segunda parte do artigo “caput” do art. 3º-A, evidente estará que se o contrato de locação for exclusivamente para fins residenciais haverá a penhorabilidade, já que o contrato de locação é um dos instrumentos contratuais acessíveis à moradia. Logo, atinge a sua função social e razões econômicas do contrato, à luz do art. 421 do Código Civil de 2002.

À luz da novel redação do parágrafo único do art. 421 do CC/02 trazida pela Lei 13.874/19, ainda que prevalecente o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, deverá ser mantida somente a caução sobre imóvel em locações residenciais e comerciais, bem como a fiança admitida, quando muito, apenas para os contratos de locações residenciais.

Vale dizer, a proposta acima, atenderia o princípio da intervenção mínima. Isso porque, o referido princípio não se sobrepõe às normas concebidas por inconstitucionais, na medida em que toda vez que se trate de legislação que afronte direitos humanos e garantias sociais, ainda que numa relação privada, incide a aplicabilidade destes direitos verticalmente, como forma de garantia do Estado Democrático de Direito, ainda que um Estado Social mínimo.

Nas relações contratuais privadas que envolvam o bem da moradia não deverá haver sustentação da aplicabilidade da intervenção mínima na eventual revisão contratual ou declaração de inconstitucionalidade da garantia prestada nas locações, uma vez que o referido princípio tem como base a fragmentariedade, fenômeno similar ao que ocorre no Direito Penal, isto é, justifica-se a proteção jurídica aos bens que sejam essenciais e imprescindíveis para a sociedade. É notório que os contratos privados que envolvam a moradia, bem extrapatrimonial, fundamental e social que é, é direito de extremo valor atrelado à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, é possível a intervenção judicial a fim de reconhecer a inconstitucionalidade da atual Lei 8.009/90 que estabelece a fiança excluída da impenhorabilidade.

Por outro lado, se o fiador exercer também a atividade comercial no mesmo imóvel, como sói acontecer atualmente em muitos imóveis em que também se exerce alguma atividade em conjunto com a habitação, tais como muitos profissionais liberais ou empreendedor individual, neste caso, será impenhorável seu imóvel, pois além de exercer uma atividade produtiva no imóvel e atender à função social, também o faz para

sua própria residência. Essa conclusão decorre pela inserção do termo “exclusivamente” na proposta acima.

Ressalvado, porém, em quaisquer das hipóteses sugeridas, que se for dado o mesmo imóvel expressamente em caução, será este penhorável, em atenção ao princípio da boa-fé e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), pois o bem foi especificado e destinado para finalidade dessa modalidade de garantia.

E, diante da mudança trazida pela Lei 13.874/19, atribuída pela nova redação do par. único do art. 421 do Código Civil de 2002, não há qualquer violação ou afronta ao bem extrapatrimonial da moradia, por ser um bem patrimonial individualizado em garantia, devidamente averbado na matrícula imobiliária, sejam das locações comerciais e residenciais e, por conseguinte, deve prevalecer a intervenção mínima do Estado no âmbito dessas relações privadas, garantido a segurança de tais contratos imobiliários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora haja posição parcial da jurisprudência, inclusive, do STJ e do STF, no sentido de que o único imóvel do fiador seja penhorável por dívidas de contrato de locação, sempre defendemos, respeitada as opiniões em sentido contrário, de forma diversa.

O único imóvel do fiador não poderá ser modalidade de garantia válida para assegurar dívidas oriundas de contrato de locação, especialmente, se for hipótese de dívida de locação de natureza comercial/empresarial. E, nesse sentido, seguiu recentemente o STF no RE 605.709.

Isso porque, há afetação do bem da moradia e a fiança é uma modalidade de garantia fidejussória, logo, pessoal e sem individualização do objeto. E não se admite interpretação extensiva, de modo a incluir com penhorável o bem de família.

O inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 merece ser excluído de nosso ordenamento jurídico.

Se há proteção de bens pessoais do devedor principal, como bem de família, o mesmo efeito deve ser atribuído ao único imóvel do fiador, por ser contrato acessório, aplicando-se a teoria da gravitação jurídica.

Admite-se, com reservas, enquanto vigente o inciso VII do art. 3º, Lei 8.009/90, a penhora do único imóvel residencial do fiador se for para a garantia de contrato de locação residencial, já que este é um instrumento de acesso à moradia e o contrato

locatício permite a muitas famílias o acesso a um imóvel, sem a necessidade de adquirir a sua propriedade, já que esta é uma situação econômica para poucos privilegiados na atualidade. Assim, prepondera o interesse público sobre o particular, neste entendimento. Mas deve o Estado brasileiro adotar medidas legislativas progressivas de acesso à moradia de modo a avançar em outras soluções a fim de que essa hipótese seja também excluída.

A modalidade de garantia em que é admissível a penhora do imóvel do garantidor de contrato de locação de imóvel é a caução imobiliária, desde que realizada por instrumento particular ou público, ainda que para efeitos somente entre as partes. Caso haja interesse de oponibilidade perante terceiros interessados, deverá haver a respectiva averbação no fôlio real respectivo, tal como inserido na proposta do parágrafo único do art. 3-A acima.

A natureza jurídica da caução do inciso I do art. 37 da Lei 8.245/91 não se confunde com as demais modalidades de garantia previstas no art. 37, tais como a fiança, o seguro fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimentos.

O instrumento particular que eleger modalidade de garantia só poderá fazer apenas uma dentre estas, sendo vedada a sua cumulação (art. 37, parágrafo único da Lei 8.245/91). Daí porque a interpretação da distinção entre caução e fiança é de rigor, por força do princípio da especialidade estabelecido na lei de locação.

A modalidade de garantia de caução é regida pelo art. 38 da Lei 8.245/91. Desse modo, a sugestão de “lege ferenda” acima reitera apenas o teor do já disposto no art. 38, parágrafo primeiro.

É recomendável, igualmente, que o tema seja debatido perante a sociedade, em audiências públicas para que haja equilíbrio de direitos e não prepondere apenas o interesse econômico, já que há diversas maneiras de regulação do mercado imobiliário, sem a necessidade de comprometer o único imóvel do fiador de natureza residencial, com maior coerência com o texto constitucional no disposto no art. 6º da CRFB/88. E, assim, seja alterada a legislação em vigor de competência do Poder Legislativo.

Norma infraconstitucional não pode mitigar ou reduzir o acesso à moradia, sem a plausibilidade dos direitos em confronto, por desatender ao mandamento constitucional, inclusive, ante a inegável hierarquia das normas, reconhecida também por Miguel Reale, mesmo no desenvolvimento de sua teoria tridimensional do direito. Ainda que norma de

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

conteúdo também principiológico, o retrocesso ao acesso à moradia é vedado ao Estado brasileiro.

O Código Civil é a constituição do cidadão, como abertamente mencionava Miguel Reale. Os contratos de locação residencial são instrumentos de acesso à moradia e quaisquer normas que impliquem em seu retrocesso, ainda que sob à luz do fiador e sua moradia, implicam na violação das normas constitucionais e fundamentais (direitos humanos) vigentes.

Deve-se adotar legislação alternativa para a solução das garantias locatícias residenciais e empresariais/comerciais, em que o brasileiro, com a criatividade que lhe é culturalmente peculiar, mesmo nas dificuldades, tem condições de fazê-lo.

É importante pontuar como argumentação metajurídica que, na atualidade, imensa maioria da população não mais se aventura a ser fiador para locatários como outra o foi, sejam para amigos e/ou parentes, justamente, porque ante o maior acesso da informação concluem e têm ciência dos riscos da perda do imóvel por uma má gestão, por exemplo, da atividade empresarial, principalmente, do pequeno empresário. Por isso, são infundadas as vozes que entendem que ao excluir a fiança como garantia da locação ter-se-ia um desastre econômico no mercado imobiliário, até porque a crise imobiliária já se permanece de longa data e não é esta a sua causa. Não é a possibilidade de risco de violação das garantias individuais ou do bem extrapatrimonial da moradia que se terá a melhor solução para o problema econômico, ao contrário, cria-se um problema também técnico e jurídico, conforme acima demonstrado. A solução deve atender às normas constitucionais vigentes e a delimitação das modalidades das demais garantias estipuladas pela Lei 8.245/91.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil do art. 5.º ao 17.º*, v. 2, São Paulo: Saraiva. 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

CEZARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1970.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

CHICUTA, Kioitsi. A locação de imóveis e o sistema registrário. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 35/36. IRIB, São Paulo, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, v. 03, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed., v. 01, São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald Myles. *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, Londres-Inglaterra, 1986.

ENGELS, Friedrich. *Para a questão da habitação*. 2. ed. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa – Moscovo: Avante-Progresso, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil direito fundamental*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*, São Paulo: Renovar, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. v. 1, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1993.

MAZZUOLI, Valério. *Direito dos tratados*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações – 2. parte, 27^a ed., v. 05, São Paulo: Saraiva, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 01, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral, comentários ao art. 1.º ao 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA MAGRIN, Andréia Mara de (Coord.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed., v. 03, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

PINTO FERREIRA. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., t. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, J. Saulo. Bem de família .in *Revista Jurídica de Osasco*, v. 02, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do direito*. 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia, *Revista do Direito do Consumidor*, Brasilcon, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, ano 9, p. 176-184, out.-dez., 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada, in: José Geraldo de Sousa Junior (org.). *O direito achado na rua*. Editora Universidade de Brasília, 1987.

SANTOS, J. M. de Carvalho, coadjuvado por José de Aguiar Dias. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. v. 25, [1947-55].

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen rechts*, v. 8, 1849.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Exclusão do imóvel do fiador da penhora e o direito à moradia. Diferenças ontológicas de fiança e caução na Lei 8.245/1991. *Revista dos Tribunais*. Vol. 957/2015. p. 37-84, Jul/2015.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Diritto all'abitazione e rapporti locatizi*, Tese (Doutorado) Univeristà degli Studi di Camerino, Facoltà de Giurisprudenza, Scuola di Perdezionamento in Diritto Civile. Relatore Prof. Guido Biscontini. Correlatore Prof. Francesco Prosperi. Anno Accademico, 1984-1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacionais e nacional. *Arquivos de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 1999.

ANÁLISE DA FIANÇA NAS LOCAÇÕES RESIDENCIAIS E COMERCIAIS À LUZ DA NOVEL INTERPRETAÇÃO DO STF, DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Organizado e anotado por Maz Rheinstein. New York: Clarion Book, 1967.