

# **A (im)penhorabilidade do único imóvel do fiador na perspectiva do Direito Econômico**

Revista da APG/ PUC-SP – Ano XIV – Número 34 – 2008

Vladmir Oliveira da Silveira  
Doutor em Direito – PUC/SP  
vladmir@aus.com.br

livia Gaigher Bósio Campello  
Programa de Pós-Graduação em Direito – UGF  
Doutoranda  
liviagaigher@yahoo.com

## **RESUMO**

A Constituição Federal de 1988, quando estabeleceu, no *caput* do artigo 170, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, instituiu uma ordem econômica de caráter essencialmente finalístico. Nesse contexto, coube o exame, à luz do Direito Econômico, da crescente problemática em torno da exceção prescrita à regra geral da impenhorabilidade do bem de família, especificamente na hipótese de obrigação decorrente da fiança concedida em contrato de locação, confrontando-a com o direito fundamental à moradia, que possui valor constitucional, a partir da sua positivação por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000.

Palavras-chaves: ordem econômica; dignidade da pessoa humana; bem de família; direito à moradia.

## **ABSTRACT**

The Federal Constitution of 1988, when established, in the *caput* of Article 170, that “the economic order, based on exploitation of labour and free initiative, aims



to ensure a dignified existence all, as the dictates of social justice”, imposed an order finalístico essentially economic in nature. This circumstance arises as a primary function of the state – implement rights – especially those who identify with the very expression of human dignity. Thus, had the analysis of the exception provided for the general rule of impenhorabilidade good of the family, specifically in the event that obligation granted bail in the contract of lease, confronting it with the fundamental right to housing, which has constitutional value from the his positivação through Constitutional Amendment No 26/2000. Keywords: economic order; dignity of the human person, and the family; right to housing.

## INTRODUÇÃO

Ao relacionar, ainda que de maneira sucinta, as razões pelas quais alguns Ministros divergem da hipótese prevista de penhorabilidade do bem de família do fiador, conferindo primazia ao direito social à moradia consagrado no artigo 6º da CRFB/88, descortinam-se incertezas que envolvem a questão e acarretam uma imensa dificuldade em conformar-se com o posicionamento majoritário do STF, ou admitir-se a solução como definitiva para a controvérsia. Logo, é oportuno demonstrar que ao direito à moradia e à impenhorabilidade do bem de família, em seu sentido mais amplo, acresce-se a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem econômica, e que todo este complexo pode ser idealizado à luz do novo Direito Econômico.

Nas próximas linhas procurar-se-á contextualizar o tema ao seu pano de fundo, que é a evolução das relações sociais que, por sua vez, já ocasionou o abandono da perspectiva liberal do direito para o necessário dirigismo estatal, principalmente da área econômica ( [01]).

Partindo da mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, aliado ao ideário de normatizações mais recentes, como o Código de Defesa do Consumidor e, fundamentalmente, a Constituição Federal de 1988, será analisado o tema da (im)penhorabilidade do bem de família.

Assim, cumpre inicialmente observar que a ordem econômica brasileira, de acordo com o *caput* do artigo 170 da CRFB/88 é uma ordem que prevê seu fundamento na compatibilização da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano. Portanto, determina a humanização do capitalismo, isto é, a introdução de elementos humanizantes na lógica capitalista de produção ( [02]). Além disso, ainda com base no mesmo dispositivo, verifica-se que nossa ordem econômica é finalística e inclusiva, ou seja, tem por fim assegurar a todos existência digna. Enfim, o citado mandamento constitucional também estabelece os critérios para a determinação deste objetivo da ordem econômica. Nesse sentido, aponta para os ditames da justiça social, elencando nove princípios a serem observados.

Desse modo, este texto procurará debater mais o paradigma do que o próprio tema em si, buscando situar em qual perspectiva se apresentam os argumentos,



bem como as posições amplamente difundidas e recorrentes sobre a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador, após a alteração constitucional que ampliou o rol de direitos fundamentais brasileiros, com o acréscimo do direito à moradia.

## **1. O SURGIMENTO DO DIREITO ECONÔMICO**

Com o processo de globalização, a ciência do direito vem se ligando cada vez mais aos fatos que dizem respeito à economia, haja vista os numerosos fenômenos neste campo do conhecimento humano, que refletem diretamente no próprio direito positivo. Da necessidade de tutelar tais fenômenos, surge o ramo do Direito Econômico, que une o Direito Público e Privado, numa perspectiva moderna de análise do direito.

Ao nos debruçarmos sobre o Direito Econômico, preliminarmente há que se referir ao processo de mundialização ( [03]), que, do mesmo modo que derrubou fronteiras comerciais e trouxe evidentes benefícios aos consumidores, também gerou crises e duas guerras mundiais ( [04]).

Após o fim da primeira guerra mundial e principalmente ao final da segunda, os Estados não mais podiam permitir que a crença na ordem natural da economia (mercado) dirigisse os fenômenos econômicos, como queriam os liberais. Com o fim da primeira luta armada, surgiram dois diplomas constitucionais que, por seu conteúdo social, são tidos como sinais do constitucionalismo social, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Essas Constituições trouxeram as primeiras respostas às exigências de um novo ordenamento jurídico capaz de atender às mudanças sociais e econômicas.

Outros movimentos contribuíram para a superação do direito tradicional (individual), como a Revolução Russa, a Guerra Civil Espanhola, ascensão dos regimes nazi-fascistas e a crise da bolsa de Nova Iorque. Mas foi a partir da Carta de Weimar, constituída no período entre guerras, que a grande maioria das Constituições incorporou no seu conteúdo tradicional uma seção relativa à ordem econômica.

Com efeito, costuma-se dizer que o Direito Econômico surgiu no século XX, cronologicamente com a Constituição mexicana e, historicamente, com a Constituição de Weimar. Entretanto, não há como desprezar outros aspectos que influenciaram o seu nascimento desde o final do século XIX, como: i) o processo de concentração de capital; ii) a necessidade de expansão econômica; iii) a conseqüente disputa por mercados.

Visto por outro ângulo, frente à modificação do contexto social advinda do desequilíbrio dos fatores econômicos, foi necessário repensar a normatização, de modo que se compatibilizem os novos anseios e desejos sociais com o cenário e a ordem jurídica existente ( [05]). E, esta nova normatização não prescinde da regulação da economia pelo direito, isto é, da intervenção do Estado na economia, onde e quando seja necessário para humanizar as relações econômicas, principalmente pela superação do aspecto individual do Direito Civil.



A ingerência na economia pelo Estado reveste-se de interesse público e, modernamente, também de interesse coletivo e difuso, tendo em vista a doutrina e a proteção destes interesses, compatibilizando-se ambos aos individuais e privados. Desse modo, a intervenção estatal depende de opções políticas e ideológicas que devem ser observadas pelo operador do direito não de forma individual ou particular, mas também de forma coletiva e difusa.

Assim, o quadro de ineficiência do direito ensejou um novo constitucionalismo que não mais se absteve do mundo ôntico e passou a influir na correção das desigualdades, dentre elas, as econômicas. Em razão dessa preocupação jurídica com a dimensão social, econômica e cultural dos Direitos Humanos, emergem Direitos Econômicos qualificados como Direitos Fundamentais.

Destarte, o Direito Econômico, como instrumento jurídico para disciplinar a economia, no intuito de mitigar os efeitos perversos dos acontecimentos da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, e formar uma nova sociedade, encarregou-se de enfrentar velhos e novos problemas advindos da concentração de capital (em especial do poder econômico privado) e do fenômeno da globalização.

Ocorre que o surgimento do direito econômico de fato não eliminou o poder econômico e a busca incessante e desumana pelo lucro. Pelo contrário, o fenômeno da globalização fortaleceu em grande medida esse processo pernicioso, tendo em vista que procurou se limitar ao aspecto econômico em todo o mundo.

Assim, torna-se cada vez mais nítida a necessidade de se aprofundar na reflexão e realização dos direitos humanos econômicos que, se saliente, constituem valores fundamentais da pessoa humana, a fim de garantir igualdade de oportunidades econômicas para todos, especialmente, em relação ao acesso aos recursos básicos como educação, serviços de saúde, alimentação, moradia, emprego e distribuição de renda.

## **2. DIREITO À MORADIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA**

A Constituição de Weimar de 1919 marcou o início do Estado social alemão e serviu de modelo para diversos outros Estados, especialmente os europeus. Nesse sentido, Daniel Aarão Reis Filho [06] lembra que Mirkine-Guetzévitch, ao examinar a evolução constitucional européia, enfatiza que a Constituição alemã foi a primeira, cronologicamente, que reservou um espaço para os direitos sociais, inaugurando uma série de novas declarações de direitos. De fato, marcou historicamente o início do Estado social, cujo modelo, sobretudo, particulariza-se pelo comprometimento com a superação dos problemas sociais e realização dos valores de sua comunidade.

Importante aqui ressaltar que os direitos sociais nascem como produto da evolução histórica dos Direitos Humanos. Assim sendo, alguns autores costumeiramente falam de gerações de direitos fundamentais, entretanto, é preferível chamá-las, como Willis Santiago Guerra, de dimensões de direitos



fundamentais ( [07]). Os direitos civis e políticos foram codificados na Declaração Universal e na Carta das Nações Unidas no imediato pós-guerra e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, já renunciados na referida declaração, foram definitivamente consagrados no seu respectivo pacto, também de 1966, e em outros instrumentos internacionais.

Com efeito, após a Primeira Guerra, quando se refere aos direitos fundamentais dos seres humanos, não se fala mais apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas também em direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa, a partir desse momento, a compor um novo todo indivisível dos Direitos Humanos, na segunda metade do século XX, principalmente, após o Pacto Econômico, Social e Cultural de 1966.

No que tange à proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, cumpre lembrar que, nos termos colocados pelo Pacto, está condicionada à atuação do Estado. No dizer de Flávia Piovesan ( [08]), tais direitos apresentam “realização progressiva”, demandando do Estado prestações positivas e negativas. Ainda com base no Pacto, acresce-se ao dever do Estado em adotar medidas por esforço próprio, sem dizer na importância da cooperação internacional.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Para Canotilho ( [09]), os cidadãos devem ter possibilidades de “desenvolvimento integral”, “liberdade de participação crítica no processo político” e “condições de igualdade econômica, social e política”. Dentro da concepção econômica e social, o papel do Estado é de realizador de direitos, que dele requerem prestações positivas, isto é, medidas intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade ( [10]).

Admite-se que o Brasil, desde a Constituição de 1934, tenha acolhido a idéia de uma Constituição Econômica, no bojo de sua disciplina “Da ordem econômica e social”. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu logo no início, propriamente no artigo 1º, incisos III e IV, que a República tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, afirma que nosso regime de produção é o capitalista, porém um capitalismo que deve levar em consideração também a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desse modo, na lógica capitalista que vigora no nosso ordenamento há que se introduzirem novos elementos que o compatibilize com outros valores fundamentais da Constituição vigente.

Do mesmo modo, extrai-se do *caput* do artigo 170, em vigor, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Vale repisar, o direito constitucional econômico é finalístico, no sentido de objetivar a livre iniciativa harmonizada com a valorização do trabalho, a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social. Disso decorre que, no nosso atual modelo de Constituição Econômica, identifica-se o direito à moradia como manifestação da dignidade da pessoa humana.



Vicente de Paulo Barreto ( [11]), em suas reflexões sobre os direitos sociais, afirma que estes direitos “derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade”. E ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, esclarece que esta possui duas faces, calcadas na “liberdade” e na “igualdade”, sendo que a “igualdade material” é que irá garantir, a cada indivíduo, entre outros direitos, por exemplo, o gozo da “moradia digna”.

É inquestionável que a moradia é uma necessidade básica do ser humano, pois é a partir dela que cada ser humano desenvolve sua individualidade e constrói a sua personalidade, em todas as dimensões da vida: afetiva, física, psicológica, moral, espiritual, social, política, econômica e cultural. Todo o ser humano necessita de uma moradia para poder desenvolver-se plenamente, sem distinção de origem, cor, posição social, gênero, crença religiosa ou política. A moradia oferece aos seres humanos a referência, a base para os desafios inerentes ao viver. Mesmo os homens mais antigos já tinham a sua noção de moradia, quando buscavam nas cavernas um local para abrigo e repouso, ainda que provisoriamente ( [12]). Como explica Dalmo de Abreu Dallari ( [13]), a procura incessante de um lugar para morar “é conseqüência de uma necessidade, não de um capricho, e por isso se deve assegurar a todos os seres humanos o direito à moradia”. E, assim, continua: “[...] é preciso que a moradia seja assegurada à pessoa em caráter permanente. Não está sendo garantido o direito à moradia quando, por decisão arbitrária de alguém, o morador pode ser posto fora a qualquer tempo. Também há desrespeito ao direito à moradia quando uma pessoa ou uma família podem ser atiradas à rua e ao desabrigo porque não conseguiram, apesar de seus esforços, e por motivos alheios à sua vontade, continuar pagando pela moradia”( [14]).

O reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental é recente tanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico internacional, quanto em relação ao ordenamento jurídico interno. No plano internacional, o primeiro documento normativo que declarou a moradia como um direito básico do ser humano foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Mesmo assim, tal declaração deu-se de maneira tímida e não acarretou maiores conseqüências práticas para a efetivação do direito à moradia. Ao longo da segunda metade do século XX, outros documentos internacionais incluíram a moradia no rol de Direitos Humanos fundamentais, dentre os quais se destacam o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 ( [15]), e a Agenda Habitat, de 1996 ( [16]).

No Brasil, o reconhecimento definitivo da moradia como um direito fundamental ocorreu por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26/00. Sem embargo, cumpre observar que os direitos de segunda dimensão – sociais, culturais, econômicos, coletivos e de coletividade – foram sendo concretizados no século XX, do mesmo modo como os direitos de primeira dimensão se efetivaram paulatinamente nos séculos anteriores. Introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, estes direitos nasceram abarcados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar. Portanto, como dito, o Estado Social formou-se, a partir de 1917, mas passou a atuar como regulador e,



em certo caso, interventor mais constante na área econômica, a partir da década de 30, com intuito de evitar o agravamento e novas crises econômicas. É nesse contexto que nasce um ramo do direito que interage com os demais de forma integrativa, a fim de materializar os direitos fundamentais de segunda dimensão, entre os quais, os econômicos.

### **3. O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR E A ATUAL POSIÇÃO DO STF**

O bem de família no direito brasileiro está previsto no Código Civil e na Lei 8.009/90, que dispõe sobre a sua impenhorabilidade e faz algumas ressalvas que aparecem taxativamente no artigo 3º, incisos I a VII. Importante destacar que, este último inciso, incluído posteriormente pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), é o centro de intensos debates, já que traz como exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, a hipótese de “obrigação decorrente da fiança concedida em contrato de locação”. Em outros termos, a polêmica se instaura em torno da possibilidade de penhora do único bem do fiador em garantia do contrato de locação. ( [17])

Após calorosas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, para que este órgão decidisse se o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, ofenderia o artigo 6º da Constituição da República de 1988. Na verdade, a norma do artigo 6º da CRFB/88 foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que contemplou o direito social à moradia. Assim, a dúvida cingiu-se sobre a persistência da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, em face do direito social à moradia positivado na atual Constituição brasileira a partir da citada emenda. ( [18])

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, a constitucionalidade da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, foi mantida, por maioria dos votos, os quais trazem diferentes argumentos que retornam à penhorabilidade do único bem do fiador. ( [19]) As principais proposições podem se resumir ao resguardo do direito à moradia do locatário e do equilíbrio de mercado, e na prevalência da autonomia privada do fiador que se vincula aos encargos impostos pela fiança, desse modo não haveria incongruência entre o direito à moradia e a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90;

Na oportunidade, o Relator Ministro Cezar Peluso argumentou com veemência que a penhora do bem de família do fiador não fere o disposto no artigo 6º da CRFB/88, não atinge o direito à moradia, pois se trata de um direito a prestações que não prescindem da atividade estatal. ( [20]) Em seguida, sustentou de maneira conclusiva que, caso a técnica legislativa a favor da expropriação do único bem do fiador, que não está obrigado a prestar fiança, fosse eliminada do ordenamento, sucederia um desequilíbrio no mercado e, na seqüência, surgiriam novas exigências ainda mais onerosas para as locações residenciais, dificultando sobremodo o acesso à moradia.

Por conseguinte, o Ministro Joaquim Barbosa identificou o embate entre o direito fundamental à moradia, que reclama uma prestação positiva do Estado, e o



direito fundamental à liberdade, caracterizada pela expressão da autonomia da vontade. Sabe-se que ambos os direitos (moradia e liberdade) mereceram igual tutela na Constituição brasileira de 1988, o que desloca o problema para a iniciativa em estabelecer os limites e proporções da sua aplicação. Assim, o Ministro Joaquim Barbosa assentou que, em determinadas circunstâncias, os direitos fundamentais se aplicam igualmente nas relações privadas. Em sua opinião, deve-se aferir caso a caso para que “não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo” ([21]). Diante do conflito de direitos em análise, e em consonância com o voto do Ministro, a decisão de prestar fiança configura exercício da liberdade garantida ao cidadão, quem pode optar por arriscar o seu direito fundamental à moradia.

Por outro lado, é importante frisar que, na circunstância do julgamento, a discussão foi consideravelmente enriquecida pelos votos contrários à penhorabilidade do bem de família do fiador ([22]). Vários argumentos foram apresentados, mas em síntese pode-se enumerá-los em: (i) Clara afronta ao princípio da isonomia, no tocante ao tratamento diferenciado para o bem de família do locatário e do fiador; (ii) Vinculação do legislador aos seus preceitos e eficácia normativa dos dispositivos presentes na Constituição, sob pena de se ter fragilizada a posição hierárquica máxima constitucional; (iii) Superveniência de políticas públicas voltadas à adequação do mercado imobiliário, em caso de impacto causado pela possível mudança no tratamento jurídico do bem único do fiador, sem prejuízo para os direitos sociais preconizados na Constituição; (iv) Qualificação do direito à moradia como indisponível, não podendo decair por vontade do fiador; (v) Comprometimento do Brasil com a essencialidade do direito à moradia, ao subscrever-se às declarações internacionais, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigo 25), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 11) e (vi) Exigência ético-jurídico da solidariedade social para que a interpretação seja construída em prol da dignidade da pessoa humana.

Com se verá em seguida, não caberia uma análise e decisão com fundamento restrito no plano do Direito Civil, como ocorreu, mas na perspectiva do Direito Econômico ou Direito Constitucional Econômico. Em outros dizeres, o direito à moradia não deve ser interpretado dentro das regras de direito civil, mas deve ser entendido como “um direito de síntese, resultado de um processo de afirmação dos direitos sociais, econômicos e culturais, que os colocou no mesmo patamar e grandeza dos direitos civis e políticos. Portanto, um direito fundamental que deve ser contemplado no equilíbrio entre a livre iniciativa e os ditames da justiça social” ([23]).

#### **4. PELA PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA**

No julgamento acima relatado percebe-se o embate entre os interesses do mercado, figurados pela predominância do direito de crédito do locador, que reflete um direito tão-somente de cunho patrimonial, e os interesses do fiador, representado pelo direito à moradia, impregnado por um valor existencial sustentado no princípio da dignidade da pessoa humana.



Esta tensão nos leva a refletir sobre a carência da solução tomada pela Suprema Corte, quando focou o discurso no rompimento do equilíbrio de mercado, em detrimento de um direito fundamental econômico, o direito à moradia, imprescindível em um contexto de desigualdades sociais.

Com o devido respeito às posições contrárias, não há como se negar que o crédito do locador, na maioria dos casos ( [24]), é um risco do negócio e não um direito fundamental, portanto, é inconcebível a opção pela tese vencedora, face à indispensável subsistência do fiador. Ademais, como sobrepôr uma concepção puramente patrimonialista da relação jurídica em um contexto cujo destaque é dado à pessoa humana? Note-se que, na Constituição em vigor, a propriedade está condicionada ao cumprimento de sua função social, e, do ponto de vista econômico, podemos falar em propriedade como “patrimônio mínimo existencial”, pois inerente à condição humana.

Nesse sentido, importa notar ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal remete à preocupação com o equilíbrio de mercado, chegando a indicar como proposta alternativa ao choque de interesses e o implemento ou reforço das garantias contratuais dos locadores, no intuito de favorecer a oferta de imóveis para fins de locação habitacional. Entretanto, mesmo do ponto de vista econômico, a proposição não se sustenta, pois sem dúvida o mercado se ajustará naturalmente, na medida em que a exigência será geral e os locadores não ficarão sem auferirem rendas. E se preferirem vender a alugar seus imóveis, também se terá um aspecto positivo, pois os “sem-teto”, ou locatários, terão uma oportunidade de compra, cabendo ainda ao Estado a criação ou ampliação de políticas públicas de crédito para a aquisição destes imóveis.

Obviamente, que o direito social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária, ou direito de ser proprietário de imóvel. Por isso, a sociedade e o direito devem proteger a moradia que se manifesta não apenas em políticas públicas de acesso à casa própria, mas da mesma forma em relações de direito econômico – não mais civis – como comodato, locação etc.

Do mesmo modo que a autonomia privada, no Direito Civil, está limitada pela tutela constitucional da propriedade, que a condicionou ao cumprimento de sua função social ( [25]), do ponto de vista econômico, a autonomia privada não pode importar em renúncia ao “patrimônio mínimo existencial”, direito econômico fundamental, pois se assim fosse estaríamos a ofender, em última instância, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É claro que a autonomia privada, diferentemente do direito de crédito do locador, é um direito fundamental que, tecnicamente, portanto, deve ser levado à ponderação. Mas não se pode esquecer, por outro lado, que a ordem econômica fundada na livre iniciativa, especialmente no que concerne à propriedade privada, tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os parâmetros da justiça social (Artigo 170, CRFB/88). Desse modo, tem-se consagrado o modelo de autonomia privada funcionalizada, que vigora em todo o ordenamento jurídico, sobretudo no ordenamento econômico.

Enfim, o momento é apropriado para refletir sobre a percepção de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer ( [26]), para quem “[...] o desafio é, diante de julgamentos judiciais que fornecem denso material analítico, não reduzir conflitos humanos a



meras confirmações de conceitos, perdendo de vista idiosincrasias das múltiplas motivações que, nem sempre, se “encaixam” bem em modelos”. Assim, é bom ser cuidadoso ao fazer uma análise crítica dos fatos, do direito e das decisões proferidas, haja vista a enorme abertura para interpretações e reconstruções distintas. Ou seja, é preciso ter em mente que os juristas podem apresentar bons argumentos, todavia, vários raciocínios podem se erguer sob ângulos diferentes de um mesmo fato jurídico, ensejando soluções extremamente contraditórias.

Diante da questão em foco neste estudo, adota-se a opção constitucional como premissa, ou seja, o modo de proceder pelo qual se vislumbra dar condições às pessoas de viverem com dignidade, o que significa também dar a elas o direito de morar. Desse modo, sob o enfoque eminentemente jurídico, é inevitável não perder de vista que o princípio estruturante da ordem brasileira de 1988 (dignidade da pessoa humana) se concretizará na medida em que seus princípios e regras – neste particular, os constitucionais da ordem econômica – se realizarem no caso concreto ( [27]).

## CONCLUSÃO

1. Com o processo de mundialização, a ciência do direito se apresenta cada vez mais unida aos fatos que dizem respeito à economia, haja vista os numerosos fenômenos neste campo, os quais refletem diretamente no próprio direito positivo.

2. Por outro lado, da ineficiência do direito liberal surgiu um novo constitucionalismo que não mais se absteve do mundo ôntico e passou a influir na correção das desigualdades, dentre elas, as econômicas. Em razão dessa preocupação jurídica com a dimensão social, econômica e cultural dos Direitos Humanos, emergem Direitos Econômicos qualificados como Direitos Fundamentais.

3. No âmbito do Estado Democrático e Social de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Dentro da concepção econômica e social, o papel do Estado é de realizador de direitos, que dele requerem prestações positivas, isto é, medidas regulatórias e até intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade.

4. O Brasil acolheu a idéia de uma Constituição Econômica, no bojo de sua disciplina “Da ordem econômica e social”. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu logo no início, propriamente no artigo 1º, incisos III e IV, que a República tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, afirma que nosso regime de produção é o capitalista, porém um capitalismo que deve levar em consideração também a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desse modo, na lógica capitalista que vigora no nosso ordenamento foram introduzidos novos elementos que a compatibilize com outros valores fundamentais da Constituição vigente.



5. Do mesmo modo, extrai-se do *caput* do artigo 170, em vigor, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Vale dizer, o direito constitucional econômico é finalístico, no sentido de objetivar a livre iniciativa harmonizada com a valorização do trabalho, a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social. Disso decorre que, no nosso atual modelo de Constituição Econômica, identifica-se o direito à moradia, reconhecido como direito fundamental a partir da EC 26/00, como manifestação da dignidade da pessoa humana.

6. O bem de família no direito brasileiro está previsto no Código Civil e na Lei 8.009/90, que dispõe sobre a sua impenhorabilidade e faz algumas ressalvas como a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, na hipótese de obrigação decorrente da fiança concedida em contrato de locação.

7. A discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal que adotou posição diversa, decidindo pela constitucionalidade da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, mantendo-a, por maioria dos votos, com diferentes argumentos, dos quais podemos destacar como principais: (i) resguardo do direito à moradia do locatário e do equilíbrio de mercado, e (ii) prevalência da autonomia privada do fiador que se vincula livremente aos encargos impostos pela fiança.

8. Postula-se neste estudo que a análise e decisão com fulcro no Direito Civil estão equivocadas, pois a questão deveria ter sido apreciada à luz do Direito Econômico ou Direito Constitucional Econômico. Comprova-se isto pelo choque entre os interesses do mercado, figurados pela predominância do direito de crédito do locador, que reflete um direito tão-somente de cunho patrimonial, e os interesses do fiador, representado pelo direito à moradia, impregnado por um valor existencial sustentado no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante da ordem econômica brasileira.

9. O crédito do locador, na maioria dos casos, é um risco do negócio e não um direito fundamental. Portanto, é inconcebível a preferência pelo crédito do locador face à indispensável subsistência do fiador. E quanto ao equilíbrio de mercado, não se sustenta a preocupação recorrentemente apresentada, haja vista que de forma natural o mercado se auto-regulará, não se podendo prever com precisão de que modo.

10. Do mesmo modo que a autonomia privada, no Direito Civil, está limitada pela tutela constitucional da propriedade, que a condicionou ao cumprimento de sua função social, do ponto de vista econômico, a autonomia privada não pode importar em renúncia ao “patrimônio mínimo existencial”, direito econômico fundamental à moradia, pois, em última análise, se estaria a ofender o princípio da dignidade da pessoa humana.

11. Finalmente, ainda que um dos votos proferidos no referido julgamento (RE 407.688-8/SP), entenda que “eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos”, acreditamos que desvendar novos caminhos é a contribuição da doutrina para a evolução do direito, especialmente diante das situações jurídicas contemporâneas, cada vez mais complexas, em que se deve sempre ressaltar valores como a dignidade da pessoa humana,



como bem demonstra a tendência constitucional e estrangeira. Isso sem falar da superficialidade de alguns argumentos que, analisados com mais vagar, não se sustentam do ponto de vista científico, nem muito menos, constitucional brasileiro.

## NOTAS

1.

1. Nesse sentido, Francisco Amaral elucida que: “A sociedade moderna (séculos XVIII-XIX) era o mundo do individualismo, da segurança e da certeza do direito, da igualdade formal, da razão e das liberdades individuais. No campo político, foi o tempo do Estado de Direito, que nasceu com a Revolução Francesa, no contexto do liberalismo, donde a preocupação com a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais. A ele sucedeu o Estado Social de Direito, nascido com a primeira guerra mundial, caracterizado pela tendência intervencionista no domínio econômico, além da garantia não só de direitos e liberdades fundamentais como também dos direitos econômicos, sociais e culturais. Seu principal objetivo era a consecução do bem-estar social [...]. Distinguia-se pela preocupação com a igualdade substancial em vez da formal, do Estado de Direito, e pela solidariedade e a intervenção do Estado na economia [...]”. AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72.
2. Nessa linha, é importante recordar os dizeres de José Afonso da Silva, para o qual: “Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se [...]”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 141-142.



3. Que se inicia no âmbito econômico, mas tende a se expandir para o político e jurídico. Os demais âmbitos, como o cultural, religioso e social possuem maior resistência, porém já apresentam sinais.
4. As causas da primeira grande guerra tiveram variados aspectos como apontam os historiadores e cientistas políticos, porém, é certo que dentre outros, o fator econômico teve um peso decisivo, que culminou numa mudança radical de paradigma na ordem econômica então vigente.
5. Nesse sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca explica que: “Os velhos instrumentos adotados pelo Direito, forjados na estrutura racionalista do pensamento iluminista, se mostravam insuficientes e inadequados para enfrentar os problemas postos pela revolução industrial geradora de profunda crise social. Os instrumentos jurídicos gerados pela crença numa ordem racional eterna, arraigada na ordem racional humana perene, não se mostravam adequados para a solução dos problemas decorrentes da materialidade da ordem econômica”. (Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 08).
6. Reis Filho, Daniel Aarão. *A revolução alemã: mitos e versões*. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 171.
7. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.
8. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.
9. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 282.
10. *Id. Ibid.*, p. 328. Nesse sentido, pode-se também valer da afirmação de Carlos Gonçalves: “Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome, o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade humana”. GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do Bem de Família*. 4. ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998, p. 27.
11. BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.
12. AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O Direito à Moradia e suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2002. p. 01.
13. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Ed. Moderna, p. 36. O autor ainda exprime que: “É na moradia que a pessoa humana encontra seu abrigo, tanto para se defender do frio, do calor, da chuva, dos animais ferozes ou nocivos e de todos os rigores da natureza, quanto para se defender dos perigos e pressões da vida



social. É na moradia que os seres humanos guardam e preparam os alimentos indispensáveis à sobrevivência e é na moradia que depositam ou recebem a água, outro bem essencial à vida”.

14. *Id. Ibid.*, p. 37.
15. Artigo 11 – “1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.
16. A Agenda Habitat denota os compromissos internacionais assumidos pelo Governo Brasileiro durante a Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada na cidade de Istambul, Turquia, em 1996.
17. Obviamente, não há como deixar de considerar a problemática do bem de família vista em outras discussões, como acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira. Nessa questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por ampliar a exceção da impenhorabilidade de imóvel de família para a hipótese de “devedor solteiro e solitário”, com fundamento na proteção de um direito fundamental da pessoa humana – o direito à moradia. Esse entendimento, firmado em 2003 pela Corte Especial do STJ, vem sendo consolidado desde então neste mesmo tribunal. Veja BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 759.962, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 18/09/2006. Também se firmou entendimento para o caso da locação a terceiros do próprio bem de família. A orientação predominante é no sentido de que a locação não afasta o benefício da impenhorabilidade do bem de família, vez que a renda obtida do aluguel pode ser necessária para o sustento da entidade familiar. Veja BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 735.780, Relator: Ministro Castro Meira, DJ 22/08/2005.
18. Essa problemática já havia sido levada ao STF e julgada em duas ocasiões anteriores pelo Relator Ministro Carlos Velloso, atualmente aposentado, que assim se manifestou: “Em trabalho doutrinário que escrevi: `Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil`, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, moradia do homem e sua família, justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu



imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição”. Veja BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 352.940, Relator: Ministro Carlos Velloso, Decisão Monocrática, DJ 09/05/2005; BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 449.657, Relator: Ministro Carlos Velloso, Decisão Monocrática, DJ 09/05/2005.

19. BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 407.688-8/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006.
20. BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 407.688-8/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006. p. 883/885. Nas palavras do Ministro Relator: “[...] o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. [...] o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”.
21. BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 407.688-8/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006. p. 898.
22. Os votos dissidentes foram apresentados pelos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Brito e Celso de Melo.
23. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O Bem de Família na Perspectiva do Direito Econômico*. Carta Forense, 02 jul., 2006.
24. É imperioso reconhecer que existem situações em que o aluguel pode se tornar alimentos, principalmente no caso de aposentados que não possuem outras rendas, a não ser o aluguel de um imóvel, que foi adquirido com o trabalho de uma vida. Assim, a solução do caso em concreto se torna mais complexa, vez que se enfrentariam dois direitos fundamentais.
25. É importante lembrar que em torno da propriedade há uma profunda divergência entre duas correntes ideológicas: liberalismo e



igualitarismo. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “o direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII ( XXII – é garantido o direito de propriedade) é a clássica garantia do Estado liberal; o XXIII ( XXIII – a propriedade atenderá a sua função social) é a dimensão coletiva e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um dominante que é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 211.

26. SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Etnografia dissonante dos tribunais do júri*. In: *Tempo social*. Revista de Sociologia da USP, vol. 19, n.02, São Paulo, 2007. p. 118.
27. Definem-se os princípios estruturantes como aqueles “[...] constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico e político”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2001. p. 1137.

## REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O Direito à Moradia e suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2002.
- AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 352.940, Relator: Ministro Carlos Velloso, Decisão Monocrática, DJ 09/05/2005;
- BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 735.780, Relator: Ministro Castro Meira, DJ 22/08/2005.
- BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 759.962, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 18/09/2006.
- BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 407.688-8/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999.



\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do Bem de Família*. 4. ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.

Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Reis Filho, Daniel Aarão. *A revolução alemã: mitos e versões*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Etnografia dissonante dos tribunais do júri*. In: *Tempo social*. Revista de Sociologia da USP, vol. 19, n.02, São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O Bem de Família na Perspectiva do Direito Econômico*. Carta Forense, 02 jul., 2006.

<http://vladmiroliveiradasilveira.com.br/2008/01/30/impenhorabilidade-do-unico-imovel-do-fiador-na-perspectiva-do-direito-economico/>

