

BEM DE FAMÍLIA, PRESSUPOSTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA E GARANTIA DE UM PATRIMÔNIO MÍNIMO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Ana Alice de Carli*

RESUMO: O presente trabalho busca, objetivamente, demonstrar que o direito humano fundamental à moradia consagra mais do que o simples acesso a um teto que sirva à habitação, pois, de fato, é o instrumento por meio do qual outros valores se perfazem e se realizam. Nesse contexto, sustenta-se que o bem de família do fiador proprietário de único bem imóvel não pode ser objeto de constrição judicial, na medida em que tal significante tem como função essencial garantir o patrimônio mínimo, o qual por sua vez, encontra sua *ratio* na dignidade da pessoa humana. Ademais, propugna-se uma nova hermenêutica, em que todas as normas infraconstitucionais, bem como as relações jurídicas — públicas ou privadas — sejam interpretadas à luz da Constituição, considerando, ainda, a pessoa de carne e osso e não apenas o ser abstrato.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Bem de família. Fiador. Dignidade humana.

ABSTRACT: This study aims to objectively demonstrate that the fundamental human right to housing devotes more than simple access to a roof that serves to housing, because, in fact, is the instrument by which other values make up and perform. In this context, it maintains that the family good of the guarantor single property owner cannot be subject to judicial constraint, to the extent that such signifier has an essential role to ensure the minimum capital, which in turn finds its ratio the dignity of the human person. Moreover, it advocates up a new hermeneutics, where all infra-constitutional norms and legal relations — public or private — should be interpreted in the light of the Constitution, considering also the person of flesh and blood and not just the abstract being.

KEYWORDS: Right to housing. Family good. Guarantor. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea¹ está cada vez mais complexa, exigindo múltiplos instrumentos para conformar, disciplinar e compreender as rela-

* Doutora em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ. Pesquisadora do GEMADI/UFF — Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito. Membro do Conselho Editorial da Editora Millennium. Parecerista da Revista de Direito Administrativo — RDA-FGV-Rio. Autora de livros e artigos. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Tecnologia Ambiental — UFF/VR.

¹ SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço**. Técnica e Tempo. Razão e Emoção. São Paulo: Editora Hucitec, 1996. p. 1-2. A socialização como processo natural do mundo contemporâneo precisa atravessar diferentes estágios de maturação, pois o tempo e o espaço não são uniformes e heterogêneos, ao contrário, alteram-se conforme os eventos e o desenvolvi-

ções sociais. Nesse sentido, Jürgen Habermas², ao analisar a estruturação da sociedade a partir da expressão lingüística, defende a tese de que “o mundo da vida” perpassa três diferentes, mas interdependentes, espaços: 1) o espaço cultural, consubstanciado em ações, palavras, teorias, idéias etc.; 2) a sociedade, formada a partir de suas instituições; e 3) as pessoas que compõem o corpo social, que por sua vez, dá forma à sociedade.

Nesse cenário de complexidades e variáveis, na trilha de Luiz Edson Fachin³, entende-se necessária uma análise crítica do sistema privado clássico — calcado no individualismo e no patrimonialismo burguês do século XIX —, o que impõe uma releitura dos pilares do Direito Privado (família, propriedade e contrato), a partir de uma visão antropocêntrica não fechada no individualismo egoísta, mas em um antropocentrismo amparado no princípio da solidariedade social, do coletivo, levando-se em conta o ser humano em sua essência e peculiaridades, bem como os contextos social, econômico e cultural em que está inserido. Não há mais espaço para o tecnicismo e o neutralismo que conduzem ao homem virtual, abstrato e genérico⁴.

Com base nesse processo de releitura do Direito, à luz da Constituição, objetiva-se, no presente trabalho, abordar a temática da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador, proprietário de único imóvel, prevista na Lei nº 8.009/90, art. 3º, inciso VII, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na garantia do patrimônio mínimo, e no direito humano fundamental à moradia.

mento cultural de cada sociedade. Preleciona o autor que os eventos consubstanciam o tempo e o espaço, vez que o tempo existe porque algo acontece em determinado espaço.

² HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**: Estudos Filosóficos. 2 ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Tempo Universitário, nº 90. Séries Estudos Alemães, 2002. p. 95-101. Ensina o autor que “o mundo da vida estrutura-se através de tradições culturais, de ordens institucionais e de identidades criadas através de processos de socialização”.

³ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. Segundo o autor “apreender que a ‘constitucionalização’, que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto forma de 5 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito”.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 18-19. Segundo as lições do autor, os princípios da solidariedade, da função social, e da dignidade da pessoa humana são valores materialmente constitucionais que trazem novos ventos para o Direito.

2 A TRAVESSIA DO SISTEMA PRIVADO CLÁSSICO PARA O DIREITO CONSTITUCIONAL — CIVIL

De pronto, cumpre destacar o longo período, de quase trinta anos, pelo qual passou o projeto de lei do atual Código Civil brasileiro, o qual após receber algumas alterações, transformou-se em lei: publicada em 10 de janeiro de 2002, com período de *vacatio* de um ano, ou seja, só passou a vigor a partir de 11 de janeiro de 2003.

O nascimento de algo, em regra, pressupõe uma novidade, o surgimento de um novo ser, o que, infelizmente, não se pode dizer do Código Civil de 2002, o qual, malgrado algumas inovações, não acompanhou a evolução da sociedade, ficando aquém da realidade social. Não têm faltado críticas e propostas de aperfeiçoamento, especialmente oriundas da própria doutrina civilista, encampada por autores como Luiz Edson Fachin⁵ e Gustavo Tepedino⁶.

Nesse contexto, apesar dos esforços da doutrina civilista contemporânea, alguns cursos de Direito continuam a ministrar a disciplina de Direito Civil com base na dogmática clássica do Século XIX, amparada no individualismo exacerbado e no império patrimonialista. Nesse sentido, Jussara Meirelles⁷ assevera que o ordenamento civil pátrio, conquanto algumas relevantes mudanças⁸, continua calcado no sistema dos códigos do século XIX, onde a pessoa natural é um ser abstrato e genérico. Preleciona ainda a autora:

A pessoa do Código Civil é o pólo de relações jurídicas; é o centro de interesses que se relacionam e, portanto, carrega em si um patrimônio [...]. Na

⁵ FACHIN. (2007). p. 4. Preleciona o autor que “a concepção de direitos da personalidade colada a um sujeito de direito virtual descolado da realidade social não é bastante para a tutela dos conflitos jurídicos emergentes hodiernamente até porque corresponde ao ideário jurídico de dois séculos atrás”.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (coordenadores). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007. p. 309 et seq.

⁷ MEIRELLES, Jussara. O Ser e o Ter na Codificação Civil brasileira: sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 89-92.

⁸ FACHIN (2003). p. 331. O autor aponta, entre as inovações trazidas pelo Novo Código Civil, a função social dos contratos como regra norteadora das relações jurídicas, e os princípios de boa-fé e probidade.

ordem jurídica, a pessoa é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito [...]. Em um sistema assente na estrutura formal da relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres [...]. A pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias.

A despeito de o novo diploma civilista ainda manter o viés patrimonialista, novos valores que transcendem a questão patrimonial foram pelo *Codex* recepcionados, tais como: os direitos da personalidade⁹, atributos inerentes à pessoa; e os valores meta-jurídicos, consubstanciados nos princípios da boa-fé, da probidade, da função social dos contratos, e da solidariedade. Tais normas expressam um dos objetivos da República brasileira, subsumido na idéia de “uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁰, conforme contemplado no art. 3º, inciso I, da Carta de 1988.

O princípio da solidariedade, bastante apregoado na seara religiosa¹¹, encontra eco no direito contemporâneo, servindo de diretriz às relações jurídicas e criando um elo de mútua cooperação¹²: o que exige mudanças paradigmáticas, a partir da revisão de conceitos, bem como da redefinição das hipóteses fáticas em que se aplicam as normas jurídicas. Impõe-se, por

⁹ FACHIN. (2007). p. 4. Ensina o autor que “a concepção de direitos da personalidade colada a um sujeito de direito virtual descolado da realidade social não é bastante para a tutela dos conflitos jurídicos emergentes hodiernamente até porque corresponde ao ideário jurídico de dois séculos atrás.”

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 6 ed. Organizada por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Roma Victor, 2006. art. 3º, inciso I.

¹¹ PAPA JOÃO PAULO II. **Encíclica Centesimus annus**. Disponível em www.vatican.va/holy-father/john-paul-ii. Pesquisa realizada em 09/11/2007. Do item 58 do referido documento é possível extrair-se a essência do princípio da solidariedade: “O amor ao homem — e em primeiro lugar ao pobre, no qual a Igreja vê Cristo — concretiza-se na promoção da justiça. Esta nunca se poderá realizar plenamente, se os homens não deixarem de ver no necessitado, que pede ajuda para a sua vida, um importuno ou um fardo, para reconhecerem nele a ocasião de um bem em si, a possibilidade de uma riqueza maior. Só esta consciência dará a coragem para enfrentar o risco e a mudança implícita em toda a tentativa de ir em socorro do outro homem. De facto, não se trata apenas de «dar o supérfluo», mas de ajudar povos inteiros, que dele estão excluídos ou marginalizados, a entrarem no círculo do desenvolvimento económico e humano. Isto será possível não só fazendo uso do supérfluo, que o nosso mundo produz em abundância, mas sobretudo alterando os estilos de vida, os modelos de produção e de consumo, as estruturas consolidadas de poder, que hoje regem as sociedades”.

¹² SILVA, Luis. Op. Cit. p. 153.

um lado, o fim da ditadura do dirigismo contratual e do egoísmo exacerbado, os quais, por muito tempo, nortearam grande parte das relações econômico-sociais; e de outro, um constante construir do Direito como instrumento viabilizador de uma sociedade mais justa e solidária, como apregoa a Carta Constitucional de 1988. Nesse diapasão, corrobora Maria Cristina Cereser Pezzella¹³ quando diz:

a reflexão que se constrói ao pensar e repensar o direito exige, dos que a ele se dedicam, um esforço contínuo e constante. Seu nascimento e renascimento é um fruto que só pode ser colhido quando os fatos sociais incidem sobre a relação jurídica, e, assim, comportam um nexo indissociado com a realidade e os conceitos jurídicos abstratamente construídos pela mente atenta aos fatos da vida.

Nesse diapasão, Luiz Edson Fachin professa: “quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e quem contrata não contrata mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva nos negócios jurídicos”¹⁴. Fato é que, a lei não pode se descolar da realidade supostamente regulável por ela, é preciso que haja harmonia entre o dever-ser e o ser: “em verdade”, diz o autor, “uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais”¹⁵. Preleciona, ainda, o referido jurista, que:

não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Na vertente do pensamento humanista do mencionado autor, é possível avistar um horizonte mais azul, onde a igualdade material começa a despontar como o sol numa manhã de verão, que se materializa, em sentido figurado, na função social da propriedade, da família e dos contratos, bem como na dignidade humana: valores que são verdadeiros comandos impositivos para as relações jurídicas, decorrentes de tais institutos.

¹³ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em Perspectiva Histórica. . In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

¹⁴ FACHIN (2008). p. 3.

¹⁵ Idem. Ibidem. p. 4.

A Constituição Federal de 1988, indubitavelmente, *pari passu* a doutrina e a jurisprudência, tem desempenhado importante papel na elaboração de uma nova hermenêutica jurídica, na qual os direitos fundamentais ocupam lugar de protagonistas. Nesse sentido, assevera Luiz Edson Fachin¹⁶:

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à emancipação.

Apesar da dificuldade de se estabelecer um conceito para a dignidade da pessoa humana, pode-se analisá-la a partir de algumas premissas básicas colhidas das lições de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷, quais sejam: 1) respeito pela vida; 2) garantia de condições mínimas para uma existência digna; e 3) observância dos direitos humanos fundamentais por parte do Estado e dos particulares.

No que toca à primeira premissa — **respeito à vida** — nunca é demais ressaltar que a Carta Magna brasileira de 1988 consagra este significativo expressamente no art. 5º, além de proclamá-lo, indiretamente, em vários outros dispositivos, como por exemplo: no art. 196, que cuida do direito à saúde; no art. 201, que disciplina o regime da previdência social; no art. 203, que trata da assistência social; no art. 225, quando determina que o meio ambiente é bem de uso comum, e que todos são responsáveis pela sua preservação; no art. 226, quando dispensa regras especiais de proteção à família; e no já mencionado art. 5º, inciso XLVII, no qual proíbe expressamente a pena de morte, ressalvada a hipótese de guerra. A vida é, conforme se pode depreender do texto constitucional de 1988, um direito humano fundamental, cuja proteção encontra guarida em vários mecanismos, conforme se infere dos dispositivos anteriormente mencionados.

A segunda dimensão da dignidade humana, consubstanciada na **garantia de condições mínimas para uma existência digna**, vincula-se à ideia

¹⁶ Idem. Ibidem. p. 5-6.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 34-36.

de patrimônio mínimo, defendida por Luiz Edson Fachin¹⁸, conforme se ilustra com a seguinte passagem de sua obra:

A existência possível de um patrimônio concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.

No contexto das desigualdades, cabe destacar que o problema do acesso à moradia no Brasil, direito humano fundamental, revela de forma marcante o fenômeno da exclusão social, e do descaso com a dignidade daqueles que pouco ou nada têm.

A moradia, apesar de atrelar-se naturalmente ao processo de desenvolvimento do ser humano, por muito tempo no território brasileiro foi tratada como coisa de “outra ordem”¹⁹, isto é, fora do espectro de proteção por parte do Estado. Fato é que, no início do século XX já se podia visualizar o descompasso entre a demanda por moradia e as formas de acesso a ela.

Até meados do referido século, o Estado se abstinha de intervir no setor da habitação, por considerar a matéria de interesse meramente privado, desta forma, o direito humano fundamental à moradia era violado duplamente: **de um lado**, pelo próprio Poder Público, ao não desenvolver políticas públicas, tampouco controlar este setor; e **de outro lado**, pelos particulares, especialmente, os proprietários de imóveis para locação. Frise-se, até 1940, a exploração imobiliária era muito forte, a maioria das pessoas pagava aluguel, e os proprietários dos imóveis, sem se preocupar com a manutenção das moradias²⁰, visavam essencialmente auferir os rendimentos oriundos dos contratos de locação.

Somente em decorrência de problemas de saúde pública, por conta das péssimas condições em que viviam os trabalhadores e suas famílias nos

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 278.

¹⁹ FACHIN (2003). p. 89. Professa o autor: “O sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’), e é mais um ‘indivíduo patrimonial’”.

²⁰ BONDUKI, Nabil. **Origens da Habitação Social no Brasil** — Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria. 3. ed. São Paulo: Editora Estação Liberdade, 2002.

“[...] a despeito dos discursos higienistas contra a precariedade das moradias associando-se aos surtos epidêmicos, o Estado limitou-se à propositura de medidas de caráter legislativo e, no âmbito da polícia sanitária, a reprimir as situações mais calamitosas.” p. 77

denominados cortiços, medidas de controle sanitário foram adotadas²¹. As políticas públicas realizadas, no entanto, foram tímidas. Nesse sentido, cumpre destacar as obras de saneamento, e a edição do Decreto nº 4.403/1921, que passou a disciplinar as relações jurídicas locatícias.

Nesse contexto, desenvolveu-se a crise da habitação no Brasil, que perdura até os dias de hoje, malgrado seja possível reconhecer o empenho do Estado²² (incluindo todos os entes da federação) para, senão erradicar o problema, pelo menos, amenizá-lo com políticas sérias e justas.

A iniciativa privada também tem se mobilizado para incentivar o acesso à moradia, não obstante o móvel, na maioria dos casos, ser unicamente a busca de novos investimentos²³, sem a preocupação de dar vida à função social do contrato e da apropriação. O incremento do crédito para a compra

²¹ BONDUKI. Op. Cit. p. 83; 209; 218. Estima-se que, só em São Paulo, cerca de 70 % das moradias eram para aluguel. Tal situação exigiu a intervenção do Estado, que, na gestão do ex-presidente Getúlio Vargas, assumiu feição de caráter social, pois envolvia o bem estar do trabalhador. Preleciona o autor que, “até a década de 30, era raro que operários e trabalhadores de baixa renda fossem donos de suas moradias — e mesmo grande parte da classe média ocupava casas de aluguel. Como o Estado não se imiscuia na provisão de moradias subsidiadas, não havendo linhas de financiamento nem esquemas que facilitassem a construção de casas na periferia dos núcleos urbanos pelos próprios trabalhadores [...] , era muito difícil para qualquer assalariado adquirir um bem cujo valor absoluto ultrapassava em muito seus rendimentos mensais e sua capacidade de poupança.”

²² BRASIL. Lei nº 11.124 de 16 de junho de 2005. Instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social — SNHIS e do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social — FNHIS. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de junho de 2005. O desafio a ser enfrentado por esse novo diploma legal está na determinação de que estados e municípios criem os fundos de habitação de interesse social e seus conselhos gestores participativos, além de elaborarem os planos de habitação de interesse social. Disponível em <<http://www.cidades.gov.br/>> Pesquisa realizada em 10/11/2007.

²³ DURÃO, Vera Saavedra. Segmentos de pessoa física e habitação devem elevar o volume para 40,7% do PIB no final de 2009: Crédito continuará em alta, diz BNDES. **Jornal O VALOR**, São Paulo, 28/29/30 set.2007. p. C1. Conforme relata a jornalista, um estudo desenvolvido pelo BNDES, estima um acentuado aumento da procura pelo crédito imobiliário nos próximos dois anos, elevando o PIB de 33% para 40,7% até o final de 2009. No mesmo sentido, CARVALHO, Maria Christina; TRAVAGLINI, Fernando. Financiamento Imobiliário, instituições adotam modelo inovador, inspirados no crédito consignado: bancos pequenos acirram competição. **Jornal O VALOR**. São Paulo, 27, set. 2007, p. C1. Segundo apontam os jornalistas, as instituições financeiras buscam a garantia de seu crédito utilizando o sistema de alienação fiduciária, regulada pela Lei 9.514/97, e não o regime de hipoteca. A vantagem da alienação fiduciária em relação à hipoteca é que, aquela, por ser proprietário (propriedade resolúvel) do bem o credor, a retomada, na hipótese de inadimplemento do devedor, se dá por meio de ação de ação possessória. Ao passo que, com relação à hipoteca, o credor terá que deflagrar um processo de execução, uma vez não paga a dívida, o bem irá à hasta pública.

da tão sonhada casa própria é um estímulo para que se caminhe ao final da crise habitacional e para a realização do direito humano fundamental à moradia.

Deve-se enfatizar, nesse processo de mudanças, não há mais lugar para a propriedade privada desconectada de seu contexto e de sua função social, dimensão que impõe a sua utilidade para o bem coletivo, ou seja, deve atender as necessidades de seu titular, sem, contudo, violar os direitos da coletividade, como um corpo social. De fato, o regime jurídico da propriedade imobiliária, desenhado no § 1º, do art. 1228, do Código Civil pátrio de 2002²⁴, por exemplo, está delineado por valores constitucionais, que condicionam o instituto da propriedade ao bem estar coletivo.

De fato, a propriedade não é mais um interesse puramente individualista, porquanto o novo diploma civilista constitucionalizado impõe limitações e restrições mesmo sem a anuência de seu titular, com fundamento, em especial, no princípio da função social da propriedade.

A terceira mencionada premissa que delineia a concepção da dignidade da pessoa humana, extraída das lições de Ingo Wolfgang Sarlet, refere-se **à observância dos direitos humanos fundamentais por parte do Estado e dos particulares**. Em relação a estes, preleciona Daniel Sarmento²⁵ que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi objeto de algumas críticas na Alemanha²⁶ por ocasião de seu surgimento. Ressalte-se, todavia, que as opiniões desfavoráveis foram, aos poucos, no decorrer dos anos 50, perdendo força em razão de várias decisões da Corte Constitucional alemã, que se fundamentaram na observância dos valores fundamentais na seara das relações privadas.

²⁴ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Assim dispõe o par. 1º, do art. 1228, *in verbis*: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

²⁵ SARMENTO. Op. Cit. p. 188 et seq.

²⁶ Apenas para ilustrar, vez que não é o objetivo deste trabalho trazer a minúcias o tema da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale mencionar dois argumentos que fundamentaram as críticas endereçadas à referida teoria, e trazidas por Daniel Sarmento, ver op. cit. p. 188: “o texto constitucional alemão prevê expressamente apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais no seu art. 1.3 [...] . [...] , alegava-se também que a eficácia horizontal fulminaria a autonomia privada”.

Ainda sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ensina Daniel Sarmento²⁷, que a mesma, na verdade, não traz nenhuma novidade, visto que nos Séculos XVII e XVIII — período do apregoadado contratualismo de vertente naturalista —, defendia-se a posição de que a *ratio* da fundação do Estado relacionava-se à idéia da necessidade de o homem ter seus direitos tutelados em face de seus próprios semelhantes, vez que o estado de natureza não lhe dava esta segurança.

Tal concepção, no entanto, foi se transmutando ao longo dos séculos XIX e XX, com o surgimento de novas idéias, calcadas no individualismo extremado e nos direitos de liberdade, os quais exigiam a abstenção do Poder Público nos assuntos privados: nascia o Estado Liberal clássico.

A Constituição pátria de 1988 consagra, de forma inequívoca, o Estado Constitucional de Direito, ressaltando os direitos humanos fundamentais, como ensina Daniel Sarmento²⁸:

conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revisitada pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra²⁹.

Nessa toada, é preciso defender que a Constituição se faça Constituição no seio da sociedade, ou seja, que haja “vontade de Constituição”, como ensina Konrad Hesse³⁰. Tal documento deve ser a norma-diretriz para

²⁷ SARMENTO. Op. Cit. p. 129.

²⁸ Idem. Ibidem. p. 124-125.

²⁹ Esse processo de constitucionalização do sistema normativo, amparado nos direitos humanos fundamentais, é o que a doutrina chama de filtragem constitucional. Nesse sentido, ver BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 340. Das lições do referido autor contempla-se a concepção de que filtragem constitucional “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

³⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19. Para o autor: “A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*wille zur macht*), mas também a vontade de Constituição (*wille zur verfassung*)”.

todas as relações jurídicas privadas e públicas, bem como um veículo condutor de efetividade dos direitos humanos fundamentais. Desta forma, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais serão mais do que meras proposições constitucionais de caráter formal, consubstanciando-se, sobretudo, realizações possíveis no mundo real.

Caminhar com a Constituição significa avançar para a concretização de valores nela consagrados, buscando no seu texto a garantia de um “amanhã” justo e solidário. Nesse contexto, revela-se deveras importante o aspecto prospectivo da Constituição, consistente num ato permanente de buscar os sentidos dos diversos significantes que compõem o arcabouço jurídico normativo, bem como os discursos doutrinário e jurisprudencial

O poder de normatização da Constituição decorre de um longo processo cultural, político e social, sendo reconhecido no século XX a partir do surgimento de instrumentos de controle de constitucionalidade. Por muito tempo os direitos humanos contemplados nas Cartas Constitucionais eram considerados apenas sob o aspecto moral, ou seja, não tinham força normativa para impor limites subjetivos: a eficácia jurídica se perfazia quando tais direitos eram contemplados em leis infraconstitucionais³¹.

A Constituição contemporânea, a seu turno, contempla mais do que uma carta de normas de organização do Estado e de alguns direitos individuais, ela representa a fonte de validade de todo o ordenamento jurídico de uma Nação. Impõe-se, com isso, a necessidade de se interpretar as normas de Direito, sejam de natureza pública ou privada, à luz da Constituição, afastando de imediato qualquer regra que viole os direitos humanos fundamentais, em especial, aqueles essenciais à realização de uma vida digna e com qualidade, como o direito à moradia.

Nesse contexto, Daniel Sarmento³² argumenta que a Constituição incide sobre as normas de direito privado a partir de variadas formas, como por exemplo:

a Constituição representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela [...]; [...] diante da crise do Estado Social e do retorno aos valores individualistas de antanho, propugnado pelo pensamento neo-liberal hoje hegemônico, há o risco de retrocessos na legislação privada, em contrariedade à dimensão so-

³¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p. 50-51.

³² Idem. Ibidem. p. 56-57.

cial e solidária da Carta de 88. Em ambas as hipóteses, o papel da Constituição como limite ao legislador será vital para num caso afirmar, e no outro preservar, os avanços proporcionados pela ordem constitucional na disciplina das relações privadas. A Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana.

O Direito contemporâneo exige dos operadores do Direito constante exercício de hermenêutica, não apenas para coadunar o ordenamento jurídico às normas constitucionais, mas também para harmonizá-lo com as mudanças sócio-culturais e econômicas.

3 DO TETO À REALIZAÇÃO DA ALMA

“Eu quero uma casa para poder viver!”. Este foi o desabafo em forma de apelo de uma moradora de uma favela carioca, após ver sua casa totalmente destruída por conta do tiroteio decorrente de confronto entre a polícia civil e alguns traficantes³³.

Não há como dissociar a moradia da personalidade do indivíduo, pois, além de servir de abrigo, a ela subordina-se a efetividade dos demais valores fundamentais, como a vida e a dignidade humana. Nesse sentido, Michelle Perrot, citada por Luiz Edson Fachin, professa que “a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”³⁴.

Sonhar com uma casa com paredes, janelas, portas, banheiro e um espaço razoável para que seus ocupantes possam exercer o seu direito à privacidade, soa, à primeira vista, um pouco óbvio, pois a imagem que se tem de uma casa, no mundo das idéias, é a que está aqui descrita. Ocorre que, a realidade concreta e os dados estatísticos têm demonstrado a existência de um grande abismo entre o ideal platônico³⁵ de casa e o que o mundo da vida apresenta. Estima-se que só no Brasil o déficit habitacional chega a 8 milhões, com maior concentração nas regiões sudeste e nordeste do país,

³³ TV GLOBO. Reportagem sobre o confronto entre policiais civis e traficantes no Morro da Coréia no Rio de Janeiro. **Programa FANTÁSTICO**, exibido em 24 out. 2007.

³⁴ FACHIN. (2003) p. 267.

³⁵ WERLANG, Sérgio Ribeiro da Costa. **Descoberta da Liberdade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 69-70. Para Platão “assim como os substantivos comuns concretos, como cavalo, mesa etc., também os substantivos comuns abstratos, como as noções éticas e morais, teriam sua existência no plano ideal”.

superando os 70% do total, conforme dados fornecidos pela Fundação João Pinheiro³⁶.

O problema da habitação no Brasil perpassa, necessariamente, por um estudo multidisciplinar, com a união de esforços de vários segmentos da sociedade: do governo, abrangendo os três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário; e da iniciativa privada, esta envolvendo arquitetos, urbanistas, engenheiros, advogados, economistas³⁷, professores, donas-de-casa, trabalhadores em geral etc.

Apesar do debate doutrinário e jurisprudencial em torno da natureza jurídica do direito à moradia, se é ou não um direito fundamental social, ninguém pode negar que ele é um dos corolários da dignidade da pessoa humana: esta como norma propulsora de todo os sistemas sociais³⁸ (normativo, econômico, social etc). E não pára aí, a despeito de pensamentos contrários, a moradia é pressuposto para a efetividade de vários outros direitos, tais como: direito à vida, à segurança, à saúde, ao trabalho, à educação e ao pleno desenvolvimento. Nesse diapasão posicionaram-se os autores da proposta de emenda constitucional que culminou com a edição da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, a qual consagrou no art. 6º da Carta de 1988, o direito humano fundamental à moradia. Para ilustrar, vale transcrever parte do relatório de justificativa da referida proposta, publicado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação³⁹:

³⁶ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Disponível em: <www.fjp.gov.br>. Pesquisa realizada em 12/11/2007.

³⁷ GRAGNANI, José Antonio. A jóia da Coroa: o Brasil precisa atingir um patamar de evolução favorável no mercado imobiliário. **Jornal O VALOR**, São Paulo, 19. jul. 2007. p. A18. Segundo estudos desenvolvidos pelo economista, o mercado de financiamento imobiliário no Brasil, apesar de recente evolução, ainda é muito pequeno, correspondendo a 2% do PIB, enquanto países como: o Chile (o setor é responsável por 17% do PIB) o México (11 %), a Argentina (4%), sem considerar a grande potência americana, cujo porcentual de investimento imobiliário chega a 79%. Sabe-se, entretanto, que os Estados Unidos estão tendo problemas nesse segmento, mas, apesar de instigante a abordagem do tema, não há espaço neste trabalho para desenvolver tal estudo.

³⁸ SCHUARTS, Luis Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 109-110. Colhendo as lições de Niklas Luhmann, o autor ensina que para o referido pensador “consciências e sociedades são tipos inconfundíveis de sistemas autopoieticos, o que significa que um só pode ser concebido como ambiente do outro e vice-versa”.

³⁹ BRASIL. Poder Legislativo. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 15/12/98, p. 29022/29023. Disponível em <www.senado.gov.br>. Pesquisa realizada em 09/11/2007. Vale dizer, à época da apresentação da proposta da referida emenda constitucional, o Brasil havia sido convidado para a

A questão do direito à moradia tem sido objeto de aceso e polarizado debate social, tanto em nível nacional como internacional. Fóruns, entidades de classe, entidades governamentais e não-governamentais têm-se reunido nesses dois últimos anos com vistas ao maior encontro de todos os tempos sobre a terra: a Conferência Habitat II, convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) [...].

As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira ‘chaga social’ para grande parte das metrópoles do país. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da **moradia como célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão**, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente a Nação.
(grifo nosso)

A moradia, embora seja comumente alçada ao patamar de direito social, na verdade, consubstancia um atributo essencial da personalidade, pois é no *locus* doméstico que as pessoas desenvolvem seu caráter, dão seus primeiros passos rumo ao processo de crescimento espiritual, físico e intelectual. Enfim, é, primeiramente, no espaço do lar, concretizado num teto com paredes, portas, janelas e banheiro, que o indivíduo se sente protegido e seguro para iniciar seu aprendizado da vida em relação.

Enfrentar o “mundo da vida” com segurança, autoconfiança e dignidade, pressupõe a existência de uma moradia com qualidade⁴⁰.

4 BEM DE FAMÍLIA: PRESSUPOSTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA E GARANTIA DE UM PATRIMÔNIO MÍNIMO

O bem de família (*homestead*) é um instituto de origem anglo-saxã, tendo surgido nos Estados Unidos como forma jurídica e fática de garantir um patrimônio mínimo para aqueles que se arriscavam a começar a vida, normalmente, distante de sua terra natal⁴¹. Nesse contexto, a propriedade

relatoria da Agenda Habitat, no grupo de trabalho sobre habitação, na Conferência Habitat II, organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

⁴⁰ CARLI, Ana Alice De. **Bem de Família do Fiador e o Direito Fundamental à Moradia**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009. Entende-se por moradia com qualidade aquela em que há espaço adequado para seus ocupantes, ventilação, estrutura básica de saneamento e com acesso fácil aos meios de transporte.

⁴¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à Moradia: Direito Fundamental à Moradia Frente à Situação do Fiador Proprietário de Bem de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2004. p. 6-7.

utilizada como instrumento para a concretização do direito à moradia, e da qual a família extraía o seu sustento, não podia ser objeto de qualquer constrição; era imune, portanto, ao instituto da penhora.

No direito pátrio, a seu turno, o significativo **bem de família** surgiu inicialmente com o Código Civil de 1916, sendo então instituído pela vontade das partes, e denominado bem de família convencional. No Código vigente, o referido instituto está previsto nos arts. 1711 e 1722.

Posteriormente, já na década de 1990, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.009/90⁴², que estabeleceu o bem de família legal, afastando do campo da incidência da penhora o bem que servisse de abrigo para seu titular e sua família. Ressalte-se, todavia, que a mencionada lei trouxe algumas exceções à regra da impenhorabilidade, quase todas de constitucionalidade questionável. Conquanto seja pertinente a análise de cada uma delas, no presente trabalho, por conta do tempo e do espaço aqui delimitado, estudar-se-á tão-somente, a hipótese inserida no art. 3º, inciso VII, introduzida pela Lei nº 8.245/91, que trata da penhorabilidade do bem do fiador, decorrente de contrato de locação.

A despeito do dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica do bem de família, assevera Álvaro Villaça de Azevedo⁴³ que:

a ideia central é a de proteção do ente familiar com o reconhecimento do valor moradia familiar (ligado à noção de lar, proteção de prole, segurança familiar etc) como sobreposto e mais relevante aos eventuais interesses de credores consistente na função de garantia do patrimônio.

Nessa linha de preleção do mencionado autor, assenta-se a ideia de que a família contemporânea desempenha função estruturante, protetora e unificadora, ou seja, a sua relevância encontra amparo quando da efetiva prática de tal mister: ela é mais uma função social do que uma instituição.

Nesse contexto, o bem de família, como instrumento de efetivação do direito à moradia e de garantia do patrimônio mínimo, encontra sua *ratio* na proteção dos membros da família, o que impõe um exame da situação do fiador proprietário de único bem imóvel: âmbito de aplicação da moradia como direito humano fundamental e essencial para o desenvolvimento do homem em diferentes aspectos.

⁴²Art. 3º. “A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza [...]”.

⁴³AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Bem de Família**. 4 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 127 et seq.

4.1. A Impenhorabilidade do Bem do Fiador, Proprietário de Único Imóvel

Cabe realçar, em particular, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de Recurso de Apelação⁴⁴, acenando no sentido de uma nova hermenêutica, em que o homem é visto a partir de suas peculiaridades, dando provimento ao referido remédio processual, para que fosse afastada a restrição judicial sobre o único imóvel da fiadora. Em seu voto, o relator Desembargador Benedito Abicair, ao analisar minuciosamente o caso em tela, verificou tratar-se a apelante de pessoa com poucos recursos, tanto na seara patrimonial, quanto de conhecimento da lei. Aduziu, ainda, o magistrado:

[...] A sentença, ora atacada, à letra fria da lei, julgou improcedente o pedido, por entender que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível quando se tratar de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

[...] Em que pesem a lei específica e parte da jurisprudência e doutrina, que embasam a sentença, entendo que a matéria não pode ser dada como pacificada em nossos Tribunais, merecendo tratamento mais acurado.

Sem dúvida, a visão do mencionado julgador no tocante ao direito de propriedade do único bem do fiador caminha em sentido oposto ao entendimento do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso⁴⁵ que, no ofício de relatoria de Recurso Extraordinário, sob um argumento econômico consequencialista de que a garantia da fiança pessoal é uma forma de fomentar a locação, a qual por sua vez, propicia a concretização do direito à moradia, assim se manifestou:

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.033337, da Sexta Câmara Cível. Embargos à Execução. Bem de Família. Contrato de Fiança. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Pesquisa realizada em 29/10/2007. Trata-se de recurso interposto contra sentença proferida em Embargos à Execução, que julgou improcedente o pedido autoral, com base no art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90. Vendo-se diante da dura realidade de ver seu único imóvel excutido em ação de execução movida por locador, a fiadora interpôs os referidos embargos, a fim de proteger o único bem imóvel que possui e vive com seus filhos. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para que fosse afastada a penhora do referido bem.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.688-8-SP. Fiador. Locação. Ação de Despejo. Disponível em: www.stf.gov.br. Pesquisa realizada em 27/03/2007.

[...] a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito.

[...] castrar essa técnica legislativa [refere-se à previsão da fiança em locação], que não pré-exclui ações estatais concorrentes de outra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Em que pese o enorme respeito que merece o mencionado julgador, a imagem que de imediato surge ao ler o seu voto é a de alguém que para sustentar e privilegiar uma tese em abstrato (econômica e consequencialista) de difícil mensuração, aniquila um direito humano fundamental e concreto de um ser de carne e osso, isto é, para vestir uma tese incerta e uma pessoa abstrata, desnuda outra de carne e osso.

De fato, a defesa da fiança como forma de facilitar a locação e, por conseguinte, o acesso à habitação, não pode prejudicar diretamente aquele que, “a duras penas” conseguiu alcançar o sonho da casa própria, e que, da noite para o dia, se vê desalojado, por que o legislador decidiu fazer política habitacional questionável utilizando como instrumento seu ato de liberalidade, sem levar em consideração que, na maioria das vezes, o mesmo assume posição de garante sem saber que seu único bem imóvel poderá ser objeto de penhora, na hipótese de inadimplência do locatário, em contrato de locação no qual foi fiador.

Há de se ressaltar que nesta quadra da história a interpretação e a aplicação do Direito devem considerar, necessariamente, os preceitos constitucionais que encerram os anseios da sociedade, bem como o contexto social, cultural e a realidade, na qual se realizam, sob pena de completa dissociação entre o Direito e a Justiça, esta consubstanciada na ideia de igualdade em sentido material.

Nessa toada, merecem realce ainda as palavras do Desembargador Benedito Abicair, do Tribunal de Justiça Fluminense, ao questionar a posição do referido ex -ministro da Suprema Corte Constitucional brasileira, Cezar Peluso, na decisão acima mencionada:

[...] Concordaria plenamente com tal afirmativa, não fosse o fato de que o que se debate não é o direito de propriedade do único bem da fiadora, mas sim e exclusivamente o seu direito de moradia, para preservar sua dignidade humana, pois sendo ela desalojada, diante da crise da habitação do país, estará sujeita a compartilhar as ruas da cidade.

[...] o direito do locador consiste, exclusivamente, em um direito de crédito, sendo certo que o prejuízo maior que sofrerá consistirá na redução ou eliminação do seu lucro no investimento que realizou.

Diante das diferentes realidades do mundo da vida torna-se imperiosa a releitura do Código Civil e das leis esparsas de natureza civil por parte dos operadores do direito, à luz do sistema normativo constitucional, o que exige o exercício constante de fazer valer a Constituição: é o que Konrad Hesse⁴⁶ denomina de “vontade de constituição”. Nesse sentido, preleciona Pietro Perlingieri⁴⁷:

a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Nesse contexto, a forma de contratar, baseada, essencialmente, na autonomia privada, cede diante da força normativa dos direitos humanos fundamentais. O homem contemporâneo precisa ser visto a partir de suas especificidades⁴⁸, pois, do contrário, estar-se-ia retornando à igualdade formal do Século XIX.

Nessa linha de pensamento, cabe analisar a figura do fiador, que, por um ato de liberalidade e graciosidade, assina contrato de fiança na qualidade de garantidor de um outro contrato, o de locação. Uma das perguntas que se pode fazer é: até que ponto, isto é, em que extensão esse indivíduo deve responder por uma dívida que não é sua, e que, muitas vezes, não tem consciência das consequências jurídicas de seu ato, que repercutirão diretamente em sua vida concreta? A resposta para tal questionamento requer algumas considerações, ainda que de forma sucinta.

A primeira delas refere-se ao contrato de locação, regulado pela Lei 8.245/91, a qual disciplina as locações de imóveis em geral e traz, em seu art. 37, as formas de garantia, que são: a caução, a fiança e o seguro de fiança locatícia. A caução é de difícil utilização, basicamente por duas razões: **a uma**, pelo prisma do locador, a própria lei limita o depósito em dinheiro no valor máximo de três aluguéis; e **a duas**, pela perspectiva do

⁴⁶ HESSE. Op. Cit. p. 19.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 12.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Regina Lyra. 4.^a tiragem. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 84-85.

locatário, na maioria das vezes, ele não dispõe dessa quantia para o depósito caução.

A segunda modalidade de garantia de contrato de locação é o seguro fiança⁴⁹, também, no dia a dia, de difícil viabilidade para o locatário, pois as instituições financeiras, sempre preocupadas com os riscos do mercado creditício, criam inúmeros óbices de ordem burocrática que o tornam ineqüível, malgrado a existência de regras que vinculam a garantia decorrente da fiança bancária à vigência do contrato de locação e a prorrogação contratual à anuência do segurador, conforme se verifica no art. 12, da Circular SUSEP nº 347, de 27 de junho de 2007:

o prazo de vigência do contrato de seguro fiança locatícia é o mesmo do respectivo contrato de locação.

Par. 1º. Na hipótese de prorrogação do contrato por prazo indeterminado, ou por força de ato normativo, a cobertura do seguro somente persistirá mediante aceitação de nova proposta por parte da sociedade seguradora.

De pronto já é possível visualizar, a partir da indigitada norma, a quebra de isonomia que existe entre a modalidade de garantia seguro fiança e a fiança pessoal. Aquela, por meio de ato normativo, determina que a responsabilidade da seguradora vai até o termo final do contrato; e na hipótese de se tornar o contrato por prazo indeterminado, a referida garantia só persistirá mediante nova proposta devidamente aceita. Já no contrato de fiança locatícia, o qual, normalmente, vem atrelado ao contrato de locação, estipula-se a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, o que já caracteriza cláusula leonina, pois o fiador poderá ter que responder por obrigações que excedem o prazo inicial do contrato, a que anuiu expressamente.

A terceira forma de garantia, e objeto relevante para o trabalho em tela, é a fiança, decorrente do contrato de fiança, disciplinado nos arts. 818 a 839 do Código Civil de 2002. Orlando Gomes⁵⁰ aponta que “há contrato de fiança quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer”. Nesse sentido, apregoa Genacéia da Silva Alberton⁵¹:

⁴⁹ BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Fazenda. **SUSEP**. Circular que dispõe regras de seguro fiança locatícia. Brasília, DF. Disponível em: <www.susep.gov.br>. Pesquisa realizada em 13/11/2007.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992. p. 492-497.

⁵¹ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade do Bem Imóvel Residencial do Fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coordenador). **A Penhora e o Bem de Família do**

os contratos de locação são efetivos contratos por adesão, com termos já impressos, padronizados, onde o fiador assina, abre mão do direito de ordem, assume obrigação de forma solidária e não tem expressa a advertência de que o seu imóvel residencial está sujeito à garantia de dívida que eventualmente ocorra por inadimplimento do afiançado.

Pode-se inferir das palavras da mencionada autora que a violação ao princípio da igualdade é evidente na relação jurídica locatícia envolvendo fiança. Basta examinar a posição do locatário, devedor da obrigação decorrente do contrato de locação e do fiador que, num ato de liberalidade, imbuído de sentimento de solidariedade, assume a posição de garantidor do referido contrato. O absurdo jurídico ocorre quando da inadimplência do devedor, o bem do fiador torna-se objeto de penhora, e, posteriormente, objeto de execução, enquanto eventual bem do locatário, se este for também proprietário, não será objeto de constrição, pois está protegido pela Lei nº 8.009/90, ou seja, é imune a penhora por dívida de natureza civil, salvo, naturalmente, as decorrentes do próprio imóvel, como IPTU, condomínio, taxa de incêndio etc. Ainda, o locador, ou investidor do ramo imobiliário, por sua vez, continuará morando em sua confortável casa, e seu móvel, objeto de locação, também continuará em seu acervo patrimonial, sendo novamente locado; enquanto o fiador e sua família estarão a mercê da sorte e de suas possibilidades financeiras.

Na mesma vertente de pensamento de Genacéia da Silva Alberton⁵², defende-se que o fiador deve ser informado, de forma expressa, que seu imóvel será a garantia patrimonial da obrigação assumida pelo locatário, bem como ser avisado, dentro do prazo de 90 dias sobre a ocorrência de inadimplimento por parte do devedor-locatário.

Pode, entretanto, acontecer que aqueles ainda **aprisionados** ao positivismo clássico normativista e ao legalismo, ao lançarem mão do disposto no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵³ — que prevê a regra segundo a qual ninguém pode “se escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece” —, argumentar que o fiador deveria estar ciente de que o seu imóvel poderia ser objeto de execução, na hipótese de inadimplimento do fiador. Tal fundamento, todavia, não se sustenta diante

Fiador da Locação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. A referida autora é desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

⁵² ALBERTON. Op. Cit. p. 120-129.

⁵³ BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário da República Federativa do Brasil**, de 09 de set. 1942.

da realidade dos fatos neste país, na qual mais de 11% da população é analfabeta, e 26% são considerados analfabetos funcionais⁵⁴.

Ante tal realidade, é imperioso repisar que o direito à moradia, é um direito humano fundamental, e como tal, possui valor axiológicamente superior ao do direito de crédito, o qual pode ser garantido por outros meios legais. No caso, qualquer obrigação a que tenha se vinculado o fiador só poderá alcançar seu patrimônio excedente, ou seja, aquele que está fora da esfera da garantia do mínimo existencial, não podendo atingir, portanto, o bem de família, em que mora com sua família.

A partir da Constituição brasileira de 1988, mudanças paradigmáticas alteraram significativamente o direito privado em sua visão clássica, na qual predominavam os princípios da propriedade privada, da autonomia privada e da liberdade formal. Novos valores⁵⁵, de caráter humanitário alçam a pessoa humana ao epicentro do sistema normativo.

A grande vertente doutrinária que tem se destacado no direito contemporâneo é, sem dúvida, a que defende a constitucionalização do Direito Privado e, por conseguinte, a reperssonalização do Direito, de forma geral. A fase do individualismo exacerbado, e do patrimonialismo absoluto, defendido por John Locke⁵⁶ e pelo Código de Napoleão, dá lugar a novos aspectos e perspectivas, como a solidariedade, o patrimônio mínimo (este subsumido no mínimo existencial), e a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário aqui perfilado e perfilhado advoga-se que a exegese do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, que prevê a possibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador — ou seja, de seu bem de família —, seja conforme à Carta de 1988, no sentido de só admitir a aplicação de tal dispositi-

⁵⁴ Conforme a UNESCO “analfabetos funcionais são as pessoas com menos de quatro anos de estudo. Para a organização, mesmo que essas pessoas saibam ler e escrever frases simples, elas não possuem as habilidades necessárias para satisfazer as demandas do seu dia-a-dia e se desenvolver pessoal e profissionalmente”. Segundo dados do IBGE, em 2002, o Brasil tinha 32,1 milhões de analfabetos funcionais, ou seja, 26% da população de 15 anos ou mais de idade.

⁵⁵ FACHIN, (2006). Op. Cit. p. 76. Fachin apresenta um rol de valores consagrados na Carta Constitucional de 1988, dentre eles estão: “o princípio da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da função social da propriedade privada”.

⁵⁶ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

vo quando o fiador possuir mais de um bem, isto é, somente poderá ser objeto de constrição judicial, em contrato de fiança, o bem do fiador que não compreender o seu bem de família — o seu bem exógeno.

Assim, algumas considerações merecem ser tecidas:

- a) as relações jurídicas, nas quais o homem está inserido como mais um de seus elementos essenciais, precisam de uma releitura a partir de uma visão antropocêntrica, amparada nos direitos humanos fundamentais e na dignidade humana;
- b) o homem é um ser de carne e osso, com especificidades e necessidades particulares, não podendo ser analisado como um ser genérico e abstrato;
- c) os operadores do direito têm importante papel na travessia do direito privado clássico — sedimentado no individualismo exacerbado e no patrimonialismo egoísta do século XIX — para o direito constitucional contemporâneo — calcado na dignidade da pessoa humana e no espírito de solidariedade;
- d) as garantias contratuais, em especial, do contrato de locação, não podem reduzir a miserabilidade aquele que, num ato de liberalidade, assumiu a obrigação de garantidor. Na hipótese de inadimplemento, só poderá atingir os bens do fiador que excederem o patrimônio mínimo, que é a garantia do seu mínimo existencial;
- e) o direito de crédito não pode se sobrepor ao direito humano fundamental à moradia, sob pena de voltar-se ao sistema liberal clássico do século XIX;
- f) o direito humano fundamental à moradia traz em seu bojo muito mais do que aparentemente se percebe à primeira vista, posto ser pressuposto para a efetividade de outros valores fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a vida, o pleno desenvolvimento, a educação, o trabalho etc.

Para concluir, entende-se que os temas acerca da penhora do bem do fiador, proprietário de único imóvel, e as formas de garantia do contrato de locação exigem maior reflexão por parte do legislador, da doutrina e da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à Moradia**: Direito Fundamental à Moradia Frente à Situação do Fiador Proprietário de Bem de Família. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade do Bem Imóvel Residencial do Fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coordenador). **A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Alvaro Villaça de. **Bem de Família**. 4 ed. São Paulo: RT, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Regina Lyra. 4.^a tiragem. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p.

BRASIL. Poder Legislativo. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF., 15/12/98, p. 29022/29023. Disponível em <www.senado.gov.br>. Pesquisa realizada em 09/11/2007.

_____. Lei nº 11.124 de 16 de junho de 2005. Instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social — SNHIS e do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social — FNHIS. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF., 17 de junho de 2005.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF., 11 de janeiro de 2002.

_____. Poder Executivo. Ministério da Fazenda. **SUSEP**. Circular que dispõe regras de seguro fiança locatícia. Brasília, DF. Disponível em: <www.susep.gov.br>. Pesquisa realizada em 13/11/2007.

_____. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário da República Federativa do Brasil**, de 09 de set. 1942.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2007.001.033337**, da Sexta Câmara Cível. Embargos à Execução. Bem de Família. Contrato de Fiança. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Pesquisa realizada em 29/10/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.688-8-SP. Diário da Justiça de 06 out. 2006. Fiador. Locação. Ação de Despejo. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Pesquisa realizada em 27/03/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 569.025. Fiador. Locação. Responsabilidade. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Pesquisa realizada em 24/11/2007.

CARLI, Ana Alice De. **Bem de Família do Fiador e o Direito Fundamental à Moradia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Maria Christina; TRAVAGLINI, Fernando. Financiamento Imobiliário, instituições adotam modelo inovador, inspirados no crédito consignado: bancos pequenos acirram competição. **Jornal O VALOR**. São Paulo, 27, set. 2007, p. C1.

DICIONÁRIO ELETRÔNICO 2.0. **HOUAISS Dicionário da Língua Portuguesa**. 2007.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 809. Segundo o referido dicionário, a expressão “espada de dâmaclos” significa “perigo sempre iminente.”

DURÃO, Vera Saavedra. Segmentos de pessoa física e habitação devem elevar o volume para 40,7% do PIB no final de 2009: Crédito continuará em alta, diz BNDES. **Jornal O VALOR**, São Paulo, 28/29/30 set.2007. p. C1.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Disponível em: <www.fjp.gov.br>. Pesquisa realizada em 12/11/2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

GRAGNANI, José Antonio. A jóia da Coroa: o Brasil precisa atingir um patamar de evolução favorável no mercado imobiliário. **Jornal O VALOR**, São Paulo, 19. jul. 2007. p. A18.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico: Estudos Filosóficos**. 2 ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Tempo Universitário, nº 90. Séries Estudos Alemães, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

MEIRELLES, Jussara. O Ser e o Ter na Codificação Civil brasileira: sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando**

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 33-57, jul./dez. 2014

Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

PAPA JOÃO PAULO II. **Encíclica Centesimus annus.** Disponível em <www.vatican.va/holy-father/john-paul>. Pesquisa realizada em 09/11/2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço.** Técnica e Tempo. Razão e Emoção. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Dimensões da Dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

SCHUARTS, Luis Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade:** Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (Coordenadores). **A Constitucionalização do Direito.** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2007.

TV GLOBO. Reportagem sobre o confronto entre policiais civis e traficantes no Morro da Coréia no Rio de Janeiro. **Programa FANTÁSTICO**, exibido em 24.out. 2007.

WERLANG, Sérgio Ribeiro da Costa. **Descoberta da Liberdade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.