

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, O DIREITO À MORADIA E A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Carine Zeni¹

UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul - RS

RESUMO

O presente artigo propõe-se a fazer uma análise crítica acerca da constitucionalidade da penhora do único imóvel residencial do fiador de locação, em face de que a Constituição Federal consagra o direito à moradia como fundamental e de que o contrato deve exercer uma função social. À luz dos princípios constitucionais, sustenta-se que esta previsão normativa é inconstitucional e viola os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: função social do contrato; direito à moradia; impenhorabilidade do bem de família; fiador.

ABSTRACT

This present article wants to make a critique about the constitutionality of pledging the only one home of a rent guarantor, comparing with the Federal Constitution which establishes the right of housing as fundamental and also about the contract that should practices its social function. By the light of constitutional principles, it supports this normative prediction is unconstitutional and it violates the principle of isonomy and the human dignity.

KEY-WORDS: social function of the contract; right of housing; no pledging of the only one family home; guarantor.

¹ Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista pela Universidade de São Paulo – USP/LACRI na área de “Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes”. Escrivã Judicial na Comarca de Encantado/RS. E-mail para contato: cazeni@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

À luz dos princípios constitucionais e do gradativo processo de constitucionalização do direito privado, pretende-se desenvolver uma análise do art. 3º, inciso VII da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (Lei da Impenhorabilidade do bem de família) que prevê, nas exceções, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. Inicialmente discorre-se acerca da função social do contrato, com as modificações introduzidas no ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002, trazendo limites à autonomia privada, de forma atenuar o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Em segundo momento, discorre-se acerca da previsão constitucional do direito à moradia, erigido como direito social fundamental pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, sobrepondo o interesse público ao interesse particular. Por fim, aborda-se a problemática da possibilidade da penhora do único imóvel residencial do devedor, sustentando-se, a partir do confronto de jurisprudências e doutrina atuais, pela inconstitucionalidade de tal previsão, uma vez que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 26, violando os princípios da isonomia e da proteção à dignidade da pessoa humana.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

A função social do direito está presente na nova ordem constitucional, a partir das Constituições da Alemanha de 1919 e do México de 1917, as quais influenciaram as demais Constituições da Europa e do mundo ocidental. Assim, compreender o direito a partir de uma função social é reconhecer que esse direito deve existir para atender às finalidades da norma jurídica.²

² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 4ª ed., São Paulo, 2005, p. 177.

Desta forma, a norma jurídica deve sempre buscar atender às necessidades do indivíduo e da coletividade, considerando a completa harmonia entre ambos. A função social do direito trata-se de um verdadeiro princípio diretivo do ordenamento jurídico, pois indica, antes de tudo, uma justificação e fundamento dos institutos do direito privado ante os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito e às exigências do bem comum.³

A função social do direito está arraigada nos textos normativos das constituições do mundo contemporâneo, em especial, do mundo ocidental. É a marca do novo constitucionalismo e esse processo se deve à nova ordem social, política e ideológica, gestada após a Primeira Guerra Mundial, cujo marco inovador foram as Constituições do México e da Alemanha, antes referidas. No campo contratual, a função social é uma vertente que deve permear as relações jurídicas negociais.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A evolução do Direito Privado no século XX demonstra que a liberdade contratual e o direito subjetivo sofreram profundas transformações, trazendo limites a autonomia privada, sendo erradicada a idéia do absolutismo dos brocardos *nullus videtur dolo facere* aqui *jure utitur*⁴ e da *pacta sunt servanda* ou da intangibilidade dos contratos.⁵

Hoje, com o advento do novo Código Civil, outros princípios foram inseridos tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Assim, por “função” devemos entender o papel que deve desempenhar, a “obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição” e, por “social”, deve-se entender o que diz respeito à sociedade, o que é “relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país”. Nesse sentido, a função social do contrato se efetiva quando este instituto

³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Viera. *Da função social da posse*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3.

⁴ “*El que usa de su derecho no puede ser considerado como culpable de dolo*”.

⁵ BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 125

jurídico interferir no domínio exterior aos contratantes, ou seja, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado.⁶

Com o advento do novo Código Civil e a previsão da função social do contrato, verifica-se que as relações contratuais não interessam somente às partes, mas também deve ser levada em consideração a coletividade.⁷ Pelo princípio da função social dos contratos, os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, constituindo um regramento de ordem pública, o que pode ser retirado dos arts. 421⁸ e 2.035, parágrafo único⁹, do novo Código Civil e da tríade dignidade-solidariedade-igualdade.

Com relação ao disciplinado no art. 421 do Código Civil, importante citarmos o Enunciado 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a qual dispõe que a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹⁰

Além do mais, a função social dos contratos encontra fundamento na função social da propriedade, que deve ser concebida em sentido amplo, segundo disciplinam os artigos 5.^o, XXII e XXIII e 170, III, da Constituição Federal de 1988.¹¹ Segundo Daniel Martins Boulos, hoje, a liberdade contratual se encontra fundamentada na solidariedade social, como valor constitucional fundamental e no

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁸ O art. 421 determina que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

⁹ O art. 2.035 dispõe que: "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

¹⁰ Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

¹¹ TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 200.

“piso vital mínimo” que é a dignidade da pessoa humana.¹² Ainda, segundo o autor, tanto a propriedade como o contrato devem atender a uma função social, sendo à disposição do art. 421 do Código Civil uma norma de ordem pública, de imperatividade absoluta, inderrogável pelo simples querer das partes. Conseqüentemente, qualquer disposição em contrário carecerá de valor, pois incompatível com a norma contida no artigo ora comentado.¹³

4 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao que respeita o direito à moradia, inicialmente, a própria Constituição Federal, em 1988, não o consagrou como um direito social, pois houve uma omissão do legislador constituinte de 1986. Esta omissão foi sanada, por meio da Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, através da qual o artigo 6º, do Capítulo II – Direitos Sociais recebeu a seguinte redação:

Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência privada, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Todavia, o direito à moradia já encontrava previsão constitucional no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, como direito do trabalhador urbano e rural a um "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família *com moradia*, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".¹⁴

¹² BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 125-136.

¹³ *Ibidem*, p. 132.

¹⁴ Conforme Sarlet, foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez, restou consignado o reconhecimento, pela ordem internacional, dos assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Fundamental à Moradia*. Disponível em: <http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59&limit=1&limitstart=9>. Acesso em: 24 nov. 2007.

Portanto, percebe-se que o direito à moradia é um direito essencial, que há muito faz parte do texto constitucional, agora robustecido com sua expressa menção no elenco do artigo 6º, proporcionando, no mínimo, a facilitação da exigência de sua concretização.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, é ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar que a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa. Ou seja, sem um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, sequer terá assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.¹⁵

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO CONTIDA NO INCISO VII, DO ARTIGO 3.º, DA LEI 8.009/1990

Nessa perspectiva, considerando-se que o contrato deve exercer uma função social e que a Constituição Federal consagra o direito à moradia como fundamental, tema bastante intrigante e divergente diz respeito à penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador do locação. É sabido que uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família diz respeito ao imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano, conforme previsão contida no art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 (c/c art. 82 da Lei 8.245/1991). Contudo, a posição minoritária, da qual nos filiamos, sustenta ser inconstitucional tal preceito, em face de vários motivos, que seguem expostos.

A primeira razão sustentada pela inconstitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, se dá pelo fato de que o artigo 6º da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional de n. 26, de 2000, erigiu o direito de moradia como direito social, sobrepondo o interesse público ao interesse particular.¹⁶ De

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Dispõe o art. 6º, da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

acordo com esse entendimento, cita-se a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, proferida em abril de 2005, para quem o bem de família justifica a impenhorabilidade, sendo que a ressalva do inciso VII, do art. 3.º, da Lei 8.245/1991 fere de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais:

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 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.º, CF, é um direito fundamental de 2.ª geração – direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1.º. 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. 3.º 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. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.¹⁷

Com relação a jurisprudência adotada pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, relembra-se que houve um período que prevalecia o entendimento pela prevalência da regra da impenhorabilidade do bem de família. Ainda que pendente o crédito do embargado, o privilégio era ao direito maior preservado pela Constituição Federal, no caso, o direito à moradia. O precedente foi da 16ª Câmara Cível, na Ação Anulatória nº 70002348662, onde a relatora Desª Genacéia da Silva exarou a fundamentação que passou a embasar os demais julgamentos.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 352.940/SP, julgado em 25 de abril de 2005. Ministro Carlos Velloso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 11 nov. 2007.

No entanto, a posição do Tribunal de Justiça Gaúcho foi modificada, sendo adotado o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁸, privilegiando a lei infraconstitucional que estabelece a penhorabilidade do bem de família do fiador.¹⁹ Ainda, o Tribunal de Justiça Gaúcho sustenta que o direito à moradia contemplado na Constituição Federal tem a função de estabelecer diretriz ao Poder Público na implementação de políticas, como norma programática que é, não devendo ser invocada para situação concreta.²⁰

Exceção a este entendimento, foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em fevereiro de 2005, afastando a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando garantir dívida de sua empresa individual.²¹ Como se pode perceber do teor do julgado, o STJ tem afastado a exceção do art. 3.º, V, da Lei 8.009/90 se a hipoteca for prestada para garantir dívidas de empresa familiar. Desse modo, acaba-se quebrando o rigor do texto legal em prol da proteção da moradia.

Contudo, conforme referido anteriormente, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no dia 8 de fevereiro de 2006 e, por maioria de votos, entendeu ser constitucional a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90²². O relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, afirmou que a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel

¹⁸ Atualmente, o entendimento majoritário do STJ é pela possibilidade da penhora do bem de família do imóvel de propriedade de fiador em contrato de locação e sedimentado na mesma linha da jurisprudência do STF.

¹⁹ Conforme se observa na recente decisão, dentre as inúmeras no mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 70022041990, julgado em 08 de novembro de 2007. Des. Helena Ruppenthal Cunha (relatora). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 nov. 2007.

²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70021169057, julgado em 24 de outubro de 2007. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos (relator). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 nov. 2007.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597.243/GO, julgado em 03 de fevereiro de 2005. Ministro Fernando Gonçalves (relator), 4.ª Turma. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2007.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407688-8/SP, julgado em 8 de fevereiro de 2006. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

urbano, sendo esta regra inafastável, entendendo, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qualquer lesão à isonomia constitucional. Votaram com ele os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

Entretanto, a votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90, os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello, cujos votos passa-se a discutir, eis que de suma importância para o desenvolvimento deste estudo.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou que a impenhorabilidade do imóvel residencial significa a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, pois a propriedade consiste em direito individual e cumpre sua função individual. Para ele, permitir a penhora do imóvel residencial do fiador de locação afronta, sem dúvida o princípio da isonomia, exemplificando a situação da seguinte maneira:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.²³

Ainda, de forma a fundamentar sua decisão, o Ministro Eros Grau refere que seu voto não se apega a lógica do mercado de locações imobiliárias, mas sim ao que diz a Constituição, sustentando que o caráter programático do artigo 6º da CF/1988 não pode mais prosperar, pois vincula o legislador. Isto é, o texto constitucional

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407688-8/SP, julgado em 8 de fevereiro de 2006. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

possui eficácia normativa vinculante e aplicabilidade imediata, devendo ser abandonado o uso da expressão “normas programáticas”, porque bastaria a omissão do Poder Legislativo para que os preceitos constitucionais fossem considerados não vigentes.²⁴

Sustenta, ainda, que a Constituição do Brasil vincula o legislador e que negar esta vinculação é andar na contramão da evolução da doutrina do direito privado, “no seio do qual germina uma muito rica ‘constitucionalização do direito civil’ e que embora o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família cause forte impacto no mercado imobiliário, não podem ser afastados os preceitos constitucionais, do direito à moradia e da isonomia. Por fim afirma que:

Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional. Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.²⁵

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto, defende que o direito à moradia é um direito essencial, vital e básico do trabalhador e de sua família, previsto constitucionalmente em três oportunidades, não podendo decair mediante um contrato de locação, até por que a fiança é contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.²⁶ Em suma, sustenta que o direito à moradia é um direito indisponível, não-potestativo, e que a Constituição Federal

²⁴ Para sustentar seu voto, o Ministro cita um acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, proferido em 29 de janeiro de 1969, expresso nos seguintes termos: “a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se urna orientação de política legislativa - que levou à omissão do Legislativo - vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição; b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo.”

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407688-8/SP.

²⁶ Conforme o Ministro Carlos Britto: “[...] a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e de sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX).”

protege o único imóvel residencial por se tratar de bem de família, a qual é considerada uma entidade merecedora de “proteção especial”, cujo adjetivo não foi à toa utilizado pela Constituição.

Compartilhando do mesmo entendimento, o Ministro Celso de Mello afirma que o exame desta controvérsia instaura instigante discussão em torno da eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional. Para ele, a Constituição, ao positivar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000. Nesse sentido, o direito à moradia representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º) - qualificando-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração.

Além do mais, segundo Celso de Mello, o direito à moradia foi reconhecido como essencial pelo Estado brasileiro quando ratificou a Declaração Universal da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), concluindo que o direito à moradia encontra-se substanciado no princípio inderrogável da dignidade da pessoa humana e que permitir a penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador implica na violação do princípio da isonomia.²⁷

Na mesma linha de raciocínio, cita-se Sérgio Iglesias Nunes de Souza, observando que o Brasil assumiu compromissos inequívocos na implementação do direito à moradia, conforme se depreende dos termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o

²⁷ O Ministro Celso de Mello, ao concluir o seu voto, ressalta a incongruência constante do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, referindo que: “[...] o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.

inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia.²⁸

Relevante também, a reflexão de Luiz Edson Fachin afirmando que se impõe ao Estado dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa, enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III), valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional.²⁹

Por esta razão é que se proclama um novo paradigma a ser observado pelos juristas quando da aplicação do direito, isto é, que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal, pois a norma fundamental deve ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar. Nesse sentido, as lições da professora Maria Celina B. Moraes:

[...] no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.³⁰

Ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados constituem concretizações do princípio

²⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 348.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Renovar: 2001.

fundamental da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que diz com seu conteúdo em dignidade humana, vinculam diretamente Estado e particulares.³¹

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim também concluem sustentando que:

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica o contrato de locação -, 'não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário'. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia, e 'comprar um único imóvel residencial', este seu bem será 'impenhorável', ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio 'bem de família' perante o locador que não foi pago. À luz do Direito Civil Constitucional - pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil - parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei 'viola o princípio da isonomia' insculpido no art. 551 da CF, uma vez que 'trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação'.³²

Outrossim, os direitos sociais tratam-se de direitos fundamentais³³, possuindo incidência imediata nos termos do art. 5º, § 1º, CF. Deste modo, verifica-se que mesmo sem lei infraconstitucional que venha a regulamentar tais disposições, isto é, sem que haja uma intervenção legislativa, os direitos sociais, mesmo de cunho programático, dimanam uma carga eficaz "comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as que reclamam uma *interpositio legislatoris* (...)"³⁴, acarretando "a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da

³⁰ MORAES, Maria Celina B. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 05 nov. 2007.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1. ed, 2000, p. 150. Segundo o autor, cumpre reconhecer que todas as normas constitucionais são imediatamente aplicáveis, já que mesmo as normas programáticas terão o efeito de revogar a legislação anterior com elas manifestamente incompatíveis, gerando a inconstitucionalidade, além de atuarem como diretrizes materiais para a interpretação do direito infraconstitucional, o que, à evidência, igualmente se aplica ao Direito Privado. *Ibidem*, p. 46.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289.

³³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6º ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 151. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed., rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 259. Ricardo Lobo Torres apud Genácia da Silva Alberton. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. *In: A penhora e o bem de família*, p. 127.

norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independente de uma declaração de inconstitucionalidade”. Conseqüentemente, é inegável que a Lei 8.009/90 deve ser lida com os olhos voltados ao preceituado no texto constitucional e, se este prevê como norma fundamental o direito à moradia, deve-se concluir que, advindo qualquer lei que venha a inibir a eficácia deste direito, esta não ser aplicada.

6 CONCLUSÃO

Com base nos argumentos defendidos, entendemos de acordo com a posição minoritária que a previsão contida no art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90 é inconstitucional, por violar o princípio da isonomia e a proteção da dignidade humana, isso porque o devedor principal, no caso o locatário, não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador, em regra devedor subsidiário (art. 827 do Código Civil³⁵), deve suportar a constrição. A lesão à isonomia reside no fato de que a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal, no caso a locação.

Além do mais, entendimento contrário desrespeita a proteção constitucional à moradia (art. 6.º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da carta Magna). Outrossim, não cabe mais o argumento pelo qual as normas programáticas constitucionais merecem regulamentação pelas normas infraconstitucionais, o que seria o caso do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990. Conforme disciplinam os mais renomados constitucionalistas brasileiros, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, diante do que consta do art. 5.º, § 1.º, da CF/1988³⁶, o que, por si só, já

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 272.

³⁵ Art. 827: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.”

³⁶ Art. 5.º, § 1.º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado e privilegiado que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado.

Felizmente, observa-se que está ocorrendo, gradativamente, um crescimento no processo de constitucionalização do direito privado, de forma a analisar as relações entre particulares à luz da Constituição e de três postulados básicos, quais sejam: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), a solidariedade social (art. 3.º, I) e a isonomia (art. 5.º, *caput*). Essa é a interpretação que se espera de nossos Tribunais, visando consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário, sendo que o contrato não pode fugir dessa concepção e, conseqüentemente, a interpretação da inconstitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos.

É em nome da função social que o Estado se reserva o direito de intervir na relação contratual, quando referidas funções não estiverem sendo atendidas satisfatoriamente. Conseqüentemente, o direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada, pois embora o Estado reconheça a possibilidade dos particulares de perseguirem, através do contrato, seus próprios interesses, esse reconhecimento é limitado pelas funções que o contrato deve cumprir na sociedade.

Nesse sentido, entendemos que admitir a penhora sob o único imóvel residencial do fiador, além de ser inconstitucional por violar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, também desrespeita a função social do contrato, pois se fundamenta unicamente na lógica do mercado de locação imobiliário, de forma a garantir somente a efetividade do pagamento dos encargos locatícios, desconsiderando a justiça social e o fato de que o indivíduo, e não o patrimônio, deve ser o vértice do ordenamento jurídico. No que respeita a falta de garantia ao locador, entendemos que é hora de se legislar sobre novas garantias, as quais não afetem a dignidade do ser humano e suas necessidades básicas.

7. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Viera. *Da função social da posse*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11-1-1973*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Novo Código Civil: Lei 10.406, de 10-01-2002*. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597.243/GO, julgado em 03 de fevereiro de 2005. Ministro Fernando Gonçalves (relator), 4.^a Turma. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407688-8/SP, julgado em 8 de fevereiro de 2006. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 352.940/SP, julgado em 25 de abril de 2005. Ministro Carlos Velloso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 11 nov. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 4^a ed., São Paulo, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Renovar: 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina B. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 05 nov. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 70022041990, julgado em 08 de novembro de 2007. Des. Helena Ruppenthal Cunha (relatora). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 nov. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70021169057, julgado em 24 de outubro de 2007. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos (relator). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1. ed, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed., rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direito Fundamental à Moradia. Disponível em: <http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59&limit=1&limitstart=9>. Acesso em: 24 nov. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6º ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 348.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Enviado: 25/03/08

Aceito: 16/07/08

Publicado: 31/07/08