

I– Introdução

O trabalho analisa a relação entre o Direito Civil e a teoria dos direitos fundamentais a partir do estudo da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação e no de fiança.

O objetivo do trabalho é demonstrar a necessidade de releitura dos institutos jurídicos de Direito Civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais, bem como a partir de um olhar existencialista e não patrimonialista.

A importância do tema se deve principalmente ao fato de a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda estarem pautadas na interpretação patrimonialista e individualista do Direito Civil brasileiro, o que demonstra a necessidade de mudança do paradigma para a consideração do ser humano como centro das preocupações do ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a análise doutrinária e jurisprudencial.

O trabalho tem início com a explanação a respeito da necessidade de se repensar o direito civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais com a consideração do ser humano como centro das preocupações do ordenamento jurídico brasileiro e como um fim em si mesmo.

O estudo propõe, portanto, a mudança de paradigma do Direito Civil brasileiro de patrimonialista para existencialista a fim de que o ser humano seja considerado um fim em si mesmo e não um instrumento para servir ao caráter patrimonialista do Direito Civil brasileiro.

O trabalho analisa o direito à moradia e sua regulamentação legal internacional e nacional, bem como sua classificação como direito humano fundamental.

O princípio da isonomia também é abordado no trabalho, pois a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sujeito da relação acessória, sem que tal sanção também seja imposta ao devedor da obrigação principal, acarreta um desequilíbrio na relação jurídica, com grave ofensa ao princípio da igualdade e ao princípio da dignidade humana.

Finalmente, o trabalho analisa a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática do Direito Civil brasileiro, no que tange ao objeto do estudo, a fim de que a aplicação da lei esteja em consonância com as normas de direitos humanos e de direitos fundamentais previstas no ordenamento jurídico internacional e nacional, levando-se em consideração a supremacia do direito internacional dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico interno.

A conclusão se dá no sentido da inconstitucionalidade da penhora do bem de família legal do fiador por ofensa ao direito à moradia, como direito humano e fundamental.

2. Repensando o direito civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais

A impenhorabilidade do bem de família do fiador é um tema relevante em razão da jurisprudência majoritária dos tribunais permitir a penhora do bem de família legal do fiador.

A posição apresentada no trabalho é a da impenhorabilidade do bem de família legal do fiador, devido à prevalência do direito fundamental à moradia, declarado em norma de eficácia plena, direta e imediata, que independe de norma infraconstitucional regulamentadora para gerar efeitos.

O direito à moradia também está previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, tendo, portanto, *status* de direito humano fundamental.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 6º, prevê o direito à moradia entre outros direitos sociais. Há quem entenda que, como direito social, o direito à moradia deve ser classificado como norma programática, que deve ser cumprida pelo estado de forma gradativa, de acordo com a disponibilidade dos recursos necessários. Com todo respeito aos doutrinadores que defendem referida posição, o trabalho defende com veemência e entusiasmo a ideia de que o direito à moradia é um direito social, humano e fundamental que não está sujeito ao princípio da reserva do possível e não é norma programática, pois o Brasil um Estado Democrático de Direito, Estado Social, que tem o objetivo precípua de promover o bem-estar social dos cidadãos, garantindo-lhes o acesso aos direitos fundamentais.

Por muito tempo a jurisprudência brasileira foi pacífica no sentido de que os direitos sociais eram normas programáticas e, como tal, estavam sujeitas ao princípio da reserva

do possível, o que poderia justificar a inobservância do direito fundamental por falta de recursos financeiros. Diante de tal entendimento, o Estado não se preocupou em adotar políticas públicas necessárias para elevar o grau de acesso do cidadão brasileiro aos direitos fundamentais.

No contorno de uma sociedade elitizada que quer garantir a concentração de riqueza nas mãos de poucos, foi editada a Lei nº 8.245/91, com o objetivo de atender aos interesses de uma pequena parcela da população brasileira. Assim, era necessário garantir o direito de o locador receber o que lhe era devido pela exploração de sua propriedade imobiliária, tendo sido criada a garantia da fiança locatícia, obrigação fidejussória, com “efeitos reais”, afirmação que será melhor desenvolvida no decorrer da exposição.

O que se quer demonstrar é que a Lei de Locação foi promulgada na vigência de uma sociedade e de uma cultura marcada pelo Código Civil de 1916, patrimonialista e individualista, que adotava o critério patrimonialista para conferir *status* de sujeito de direito ao cidadão, desconsiderando o ser humano como um fim em si mesmo. Por um longo período, o direito civil brasileiro foi concebido a partir da consideração patrimonialista do sujeito de direitos e deveres.

Por isso, o direito civil brasileiro necessita de uma releitura, pois, o que mais se percebe, é a constante repetição de conceitos e entendimentos que não se coadunam mais com o direito civil contemporâneo. A proposta do trabalho é repensar o direito civil em consonância com os direitos fundamentais, por entender que é o ramo do direito que tem como objetivo principal a regulamentação das pessoas naturais com a importância que o tema merece ter em qualquer sociedade que se diz pertencer a um Estado Democrático de Direito.

Pensar e ensinar o direito civil a partir do ser humano como um fim em si mesmo¹, demonstrando como se constroi um raciocínio jurídico interdisciplinar, sem a mera repetição de artigos de lei é a necessidade premente do Direito Civil Contemporâneo, que não é uma disciplina enciclopédica, compreendida apenas a partir da interpretação literal da lei. Ao contrário, aprende-se realmente o direito civil a partir da análise do princípio da dignidade humana, considerando-se o ser humano como um fim em si mesmo, independentemente do aspecto patrimonialista.

¹ Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. E a Paz Perpétua.

A visão individualista do Direito Civil brasileiro tem sua origem no Código Civil francês, notadamente marcado pelas ideias da Revolução Francesa que, buscando frear o poder absoluto do soberano, exacerbou os direitos individuais. Entretanto, referido ideal deixou de ser condizente com as demandas modernas da sociedade de inclusão do ser humano na coletividade que deve exercer seus direitos individuais em consonância com os direitos sociais, ou seja, nos limites e no contexto da função social.

O ser humano deve ser considerado sujeito de direitos e deveres em função de sua condição humana e não a partir da consideração patrimonialista, visão que levou à concentração de riqueza, o que é rechaçado pelo Estado Social.

A despatrimonialização do direito civil acarretou a necessidade de o direito civil ser interpretado de acordo com a hermenêutica tradicional e constitucional, uma vez que o Direito Civil é muito mais do que patrimônio, é, antes de mais nada, ser humano.

Diante das considerações até então feitas, fica muito difícil, senão impossível, defender a possibilidade de penhora do bem de família legal do fiador, o que precisa ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro.

Para que o Brasil efetive o Estado Social de direito, é preciso que, de forma igualitária e universal, haja a oferta de direitos fundamentais aos cidadãos, e o direito à moradia está entre eles.

Reafirmando as posturas até então adotadas e, antes de passar para a segunda parte do artigo, é necessário ressaltar que o ser humano é sujeito de direitos, um fim em si mesmo, não pode ser concebido apenas a partir de seu patrimônio, mas sim a partir do que é inerente à sua condição humana. O direito civil deve passar por uma releitura de seus institutos jurídicos a partir do ser humano como elemento principal e não como instrumento.

Prevalece no Brasil a tese de que o bem de família do fiador é penhorável, mas há julgados isolados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal decidindo pela impenhorabilidade.

Os julgados dos tribunais superiores demonstram a tese majoritária da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, mas há julgados em sentido contrário, tais como os seguintes, que serão explicados na sequência: *STF, RE 352940/SP, rel. Min. Carlos*

Velloso, j. 25.04.2005; Proc. 789.652.0/6, rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005 – TJSP; STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4.^a Turma, 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 265.

O Recurso Extraordinário com decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso foi o *leading case* que deu início à discussão no Supremo Tribunal Federal, embora por maioria de votos o plenário tenha julgado a penhora constitucional, o que anuncia a possibilidade de a discussão ser aperfeiçoada. (RE nº 352.940/SP).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que não pode haver a penhora do bem de família do fiador para fiança prestada em locação não residencial, o que também é uma esperança para a ampla discussão a respeito do tema.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que determinava a penhora de um único bem de família para pagamento de uma dívida fiscal. Embora o caso não seja idêntico ao do estudado no artigo, demonstra a construção jurisprudencial crescente no sentido de preservar o bem de família legal.

3 Previsão legal do direito fundamental à moradia

3.1 Tratados Internacionais

O direito à moradia é um direito humano fundamental previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XXV, 1.²

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), considerado como instrumento central para a proteção do direito à moradia adequada, nos mesmos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, refere-se ao direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação, com a melhoria contínua das condições de vida.³

² Artigo XXV 1. “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

³ Art. 11. 1. “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas

O Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou vários comentários gerais sobre o direito à moradia nas disposições do PIDESC que servem como orientações à interpretação do Pacto.

Em 1978, a Organização das Nações Unidas criou a agência Habitat, responsável por assentamentos humanos a fim de promover as cidades social e ambientalmente sustentáveis, com o objetivo de prover abrigo adequado para todos.

O direito à moradia, portanto, está previsto nos seguintes documentos internacionais: artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e no artigo 11 do PIDESC.⁴

3.2. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal regula o direito à moradia em diversos dispositivos ⁵ e, especificamente no artigo 6º da Constituição Federal da República de 1988, prevê o direito à moradia como um direito social.

apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

⁴ Art. 17. PIDCP. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

⁵ Consta na Constituição Federal, artigo 5ª: caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; inciso XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; inciso XXII – é garantido o direito de propriedade; inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; inciso XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; inciso XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; inciso XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre Moradia Adequada, p. 13). No artigo 6º, a Constituição afirma que são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. E no artigo 182 consta que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar “as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, e a propriedade urbana cumpre esta função “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”

O artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 declara que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe saúde e bem-estar, o que inclui alimentação, vestuário e educação, dentre outros direitos.

O direito à moradia é um direito natural, inerente à condição humana, que foi constitucionalizado pelo artigo 6º, da Constituição de 1988. Além disso, é um direito fundamental imprescindível para que a pessoa tenha uma vida digna, ou seja, com o mínimo necessário, o mínimo ético irredutível.

A Constituição Brasileira de 1988, não afastou de sua abrangência os Tratados e Declarações Internacionais sobre direitos humanos, ao não excluir os princípios preconizados pelos documentos internacionais, o que ficou consagrado e conhecido como “bloco de constitucionalidade”. Assim, segundo o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas internacionais com conteúdo de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, o que leva à afirmação de sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, por serem normas de direitos fundamentais.

Por isso, o direito à moradia é um direito social que não pode ser afastado pela alegação do princípio da reserva do possível, uma vez que é um direito fundamental, pois reflete o mínimo necessário para que o ser humano viva dignamente; tendo imediata aplicação de acordo com a máxima efetividade da Constituição brasileira de 1988.

A máxima efetividade da Constituição é um princípio da hermenêutica constitucional que Luis Roberto Barroso⁶ explica na vertente do neoconstitucionalismo, uma vez que a nova fase do constitucionalismo moderno impõe a concretização dos direitos sociais, da máxima efetividade e do efeito concreto da Constituição, composta por normas que se dividem entre regras e princípios.

Assim, uma Constituição não será simbólica se for efetivamente concretizada, adquirindo vida e influenciando positivamente a vida do cidadão, o que ocorre com mecanismos que possam compelir o Estado a cumprir com o mister de gerar o bem-estar social, o que, no caso do direito à moradia, um direito fundamental, não comporta a alegação da reserva do possível.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

4. Direito à moradia

O conceito de moradia pode ser retirado da Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos para moradia: “Refletindo sobre o que é o direito à moradia adequada, podemos afirmar que uma série de condições devem ser atendidas antes que formas particulares de abrigo possam ser consideradas como moradia adequada. Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, há alguns critérios que devem ser atendidos. Tais critérios são tão importantes quanto a própria disponibilidade de habitação. O Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o que considera uma moradia adequada.”⁷

Os critérios que devem ser atendidos para que o direito à moradia seja concretizado dizem respeito à segurança da posse; à disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; à economicidade; à habitabilidade; à acessibilidade; à localização; à adequação cultural.⁸ e ⁹ O direito à moradia é um direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, diploma que também consagra o princípio

⁷ Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre “Moradia adequada”, p. 39-40.

⁸ Segundo a cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre “Moradia adequada” p. 39-40, os critérios que devem ser atendidos para que o direito à moradia seja concretizado são os seguintes: “Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde. Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta. Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (UNITED NATIONS, 1991).

⁹ As características do direito à moradia adequada são esclarecidas em comentários gerais do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê reforçou que o direito por uma cultura de direitos humanos 13 à moradia adequada não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade. A melhor forma de entender o direito à moradia adequada é entender que ele é composto por três elementos: liberdades, garantias e proteções. (Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre “Moradia adequada”, p. 39-40).

da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) e o princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF/88).¹⁰

É um direito fundamental, regulado por uma norma auto-aplicável e não programática que visa manter o bem-estar do cidadão e que deve ser ofertado pelo Estado no contexto do mínimo necessário para que o cidadão viva dignamente e não depende de norma infraconstitucional para gerar efeitos.

Não é uma norma programática, que permite que o direito seja consolidado gradativamente, de acordo com os recursos angariados com as políticas públicas implementadas. Por não ser norma programática, não está sujeito à alegação do princípio da reserva do possível, não se admitindo que o estado se furte ao seu cumprimento, alegando falta de recursos.

É um direito social destinado a concretizar o princípio da dignidade humana com previsão constitucional, tendo a característica de norma-princípio, devendo ser cumprida e executada como norma, e não somente como norte de interpretação.

A propósito do tema, esclarecedora é a obra de Robert Alexy, para quem a Constituição é composta de normas, que se dividem em regras e princípios, sendo estas normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, como mandados de otimização¹¹:

O direito à moradia é um direito fundamental que visa concretizar a igualdade material, refletindo o direito ao mínimo necessário que deve ser ofertado ao cidadão para que ele viva dentro de uma sociedade igualitária e esteja apto a participar da vida em sociedade.¹²

Pode-se afirmar, ainda, que é um direito humano, pois considerado indispensável e essencial à vida humana, bem como por estar previsto nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.¹³ Além disso, também é um direito fundamental, pois

¹⁰ Sobre o princípio da dignidade humana, consultar: Jürgen Habermas. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012 e Antonio Junqueira de Azevedo. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista USP. <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146> - acesso em 23/09/2016.

¹¹ Robert. Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012

¹² Jorge Raupp Rios. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 e Celso Antonio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 23ª tiragem, São Paulo:Saraiva, 2014.

¹³ André de Carvalho ramos. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito social, em seu artigo 6º.

Embora não haja uniformidade na utilização das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, o trabalho adota a expressão direito humano fundamental para se referir ao direito à moradia, por ser um direito previsto em Tratados Internacionais e na Constituição de 1988, e por haver intrínseca relação entre o direito interno e o internacional dos direitos humanos.

Além de ser um direito humano fundamental, o direito à moradia é um direito da personalidade fundamental, pois visa o desenvolvimento pleno do ser humano como indivíduo apto a exercer a cidadania.¹⁴ John Rawls defende, em sua obra, que todo ser humano deve ter os mesmos direitos básicos para se desenvolver de forma a estar apto a participar da sociedade em igualdade com os demais. O direito à moradia corrobora essa teoria, pois é essencial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.¹⁵

5. O direito à moradia e a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos

Como foi explicado anteriormente, o direito à moradia assume dupla acepção, podendo ser considerado um direito humano e um direito fundamental, por isso, o trabalho adotou a expressão direito humano fundamental para se referir ao direito à moradia.

É um direito do homem por ser um direito natural, decorrente de sua condição humana; é um direito humano, por estar previsto nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos; e é um direito fundamental, pois está previsto na Constituição brasileira de 1988.

Assim, é possível a utilização da expressão direitos humanos fundamentais para o direito à moradia, por ser um direito indispensável para a manutenção da dignidade humana, bem como por ser um direito destinado a fazer com que a pessoa alcance sua autonomia, sua autodeterminação e desenvolva sua personalidade de forma plena.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

¹⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A adoção da expressão ainda pode ser explicada através da teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme¹⁶, que afirma que as diversas ordens jurídicas estão em constante relação e diálogo. No caso, as ordens jurídicas nacional e internacional estão em relação de troca, principalmente pelo fato de a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, § 2º, não afastar outros direitos e princípios oriundos de tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, é possível afirmar que os direitos humanos previstos em tratados internacionais também fazem parte do direito interno positivado, pois são normas materialmente constitucionais e, em alguns casos, também são fundamentais. Além disso, os ordenamentos jurídicos interno e o internacional fazem parte da mesma ordem jurídica e, mesmo que fossem distintas, pela teoria do diálogo das fontes, estariam em constante troca.

Logo, para efeito deste artigo, que defende a impenhorabilidade do bem de família legal do fiador, a nomenclatura utilizada, pelas razões expostas, é a dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser analisados pela vertente da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. A eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se à obrigação de o Estado respeitá-los, bem como de fazer com que os particulares observem os direitos fundamentais. No contexto da eficácia horizontal, exige-se que os particulares respeitem e observem os direitos fundamentais nas relações privadas, o que se aplica, portanto, ao contrato de fiança locatícia para a finalidade de impedir que o bem de família do fiador seja penhorado e que o direito fundamental à moradia seja mitigado.¹⁷

Além da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, ainda é possível se falar em eficácia direta e imediata e indireta e mediata. A eficácia indireta e mediata permitiria a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, caso não houvesse regras específicas no direito privado para a aplicação dos direitos fundamentais. Entretanto, há aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia às relações

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima (coord.). *O 'Diálogo das Fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

jurídicas privadas celebradas, pois não há a necessidade de lei infraconstitucional para que gere efeitos, de acordo com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No caso do trabalho, verifica-se a aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia ao contrato de locação e ao de fiança, reciprocamente considerados. Desse modo, a aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia aos contratos em apreço, possibilitaria no contexto *inter partes*, a defesa do fiador ou a declaração de sua inconstitucionalidade, no controle difuso e, no contexto *erga omnes*, a declaração de sua inconstitucionalidade, no controle concentrado.¹⁸

Logo, o direito fundamental à moradia é um direito humano fundamental de eficácia vertical e horizontal com aplicação direta e imediata às relações privadas.¹⁹

6. Fiança locatícia e o bem de família legal do fiador – a relação com o princípio da isonomia e com a função social dos contratos

A penhora do bem de família do fiador fere o princípio da isonomia, pois trata de forma desigual pessoas que estão na mesma situação. Além disso, é uma ofensa aos direitos fundamentais e a sua eficácia horizontal e aplicação direta e imediata.

A fiança é um contrato acessório ao contrato principal de locação, pois visa garantir o cumprimento da obrigação principal. O direito obrigacional estabelece a regra de que o acessório segue a sorte do principal.²⁰

Como contrato acessório, é inaceitável que a obrigação acessória seja mais onerosa do que a obrigação principal, pois, haveria ofensa ao princípio geral de direito de que o acessório segue o principal. Se o devedor principal não pode ter seu bem de família penhorado, o devedor da obrigação acessória também não poderia, sob pena de quebra do princípio geral de direito de que o acessório segue o principal, bem como do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.²¹

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. É fato que a maioria dos doutrinadores aceita a eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, mas o trabalho adota a posição da eficácia direta e imediata.

¹⁹ Sobre a eficácia horizontal ver: Daniel Sarmiento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004

²⁰ Silvio Venosa. *Direito Civil. Teoria Geral Das Obrigações e Teoria Geral Dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 16ª Ed. 2016 Atlas

²¹ Sobre o princípio da igualdade, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que: “Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações

A penhora do bem de família do fiador estabelece uma injusta desequiparação entre a obrigação principal e a acessória, onerando demasiadamente esta.

Ainda é preciso ressaltar que a fiança é uma obrigação fidejussória ou pessoal que decorre de uma relação jurídica de direito obrigacional que, entretanto, no caso da penhora do bem de família legal do fiador, acarreta uma consequência equivalente a uma obrigação de direito real, ou seja, uma garantia fidejussória com os efeitos jurídicos de uma garantia real, com a efetiva excussão do bem de família, destinado a prover a moradia do fiador.

Logo, é gritante a discrepância e a falta de equivalência das obrigações principal e acessória, o que reflete ofensa grave ao princípio da isonomia. Definitivamente, uma garantia instituída para privilegiar o proprietário, a parte mais forte da relação jurídica, o que corrobora a afirmação de que o direito civil tem suas bases fundadas no sujeito titular de um patrimônio e não no sujeito como um fim em si mesmo.

Na linha do direito civil dos direitos humanos, busca-se a despatrimonialização do direito privado com a colocação do sujeito como um fim em si mesmo, no centro das relações jurídicas, como elemento principal.

Sobre essa questão, é salutar trazer à tona a teoria dos contratos existenciais, desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo, que defende a recolocação do ser humano como elemento principal das relações obrigacionais, sem que o objetivo principal seja a obtenção de lucro exacerbado.²² Seguindo-se a tese dos contratos existenciais, pode-se afirmar que a finalidade patrimonial não pode se sobrepor aos direitos fundamentais.

A Lei 8.009/90, que institui o bem de família legal destina-se a corroborar o princípio da igualdade, na vertente material e está intrinsecamente ligada à tese dos contratos

fortuitas e injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos. Celso Antonio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 23ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.

²² MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 20. vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2011, p. 265-308.

existenciais, pois visa garantir o mínimo necessário ao indivíduo, para que esteja protegido da indevida excussão do patrimônio que se destina a manter sua moradia e de sua família em sentido amplo.

No cotejo entre os dois diplomas legais, a Lei nº 8.009/90 e a Lei nº 8.245/91, com suas alterações, é necessário estabelecer qual delas deve prevalecer: a que permite a penhora do bem de família legal do fiador ou a que protege o bem de família legal. Pelo critério da técnica da ponderação, na esteira da razoabilidade e da proporcionalidade, um deles deverá se sobrepôr. Na tese apresentada neste trabalho, a lei que protege a impenhorabilidade do bem de família é mais condizente com a concretização do princípio da dignidade humana, pois resguarda um direito fundamental, a moradia, que se destina a propagar o princípio da dignidade humana.

Por isso, defende-se, no trabalho, a irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas, a fim de evitar desequilíbrios nas relações jurídicas.

A compreensão da tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador só pode se dar no âmbito da hermenêutica constitucional, que norteia a solução que implica máxima efetividade e que reflete a força normativa e o efeito integrador da Constituição.

Por isso, afirma-se que a fiança-locatícia, no caso do bem de família do fiador, é uma garantia ultrapassada e inconstitucional, podendo o magistrado, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, declarar sua inconstitucionalidade. Eventual decisão, ao chegar o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, poderia receber o efeito *erga omnes*, conforme jurisprudência da Corte Suprema. Além disso há a possibilidade de viabilizar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental por parte do fiador prejudicado com eventual penhora.

Em entendimento diverso da tese ora apresentada, o princípio da autonomia da vontade aparece como principal justificativa à referida penhora, mas o artigo defende a tese de que o *pacta sunt servanda* não se sobrepõe, nesse caso, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade ao direito fundamental à moradia.

É preciso deixar claro que o objetivo do trabalho não é fazer a apologia ao inadimplemento da obrigação locatícia, que poderá e deverá ser cumprida e executada, pois é totalmente lícito o direito de o locador receber o que lhe é devido. O que se

defende é apenas a inconstitucionalidade da penhora do bem de família legal do fiador, pelos fundamentos já expostos.

A propósito, o Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabeleceu que a função social do contrato positivada no artigo 421 do Código Civil brasileiro reduz o alcance da autonomia contratual quando presente a dignidade humana.

Os efeitos do contrato de fiança são observados internamente, na relação entre as partes do contrato e externamente, dentro do contexto da socialidade do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, uma relação jurídica privada não interessa apenas às partes contratantes, mas também a toda coletividade, que tem interesse na observância da função social dos contratos e no respeito ao princípio da boa-fé objetiva.

Assim, presente a função social dos contratos, o princípio da autonomia da vontade fica mitigado e flexibilizado, o que torna possível a revisão do contrato pelo Poder Judiciário.

É no plano da hermenêutica constitucional que se resolve a aparente dicotomia entre a função social dos contratos e a autonomia da vontade, pelo sopesamento dos princípios dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por isso, a defesa da tese da impenhorabilidade do bem de família precisa ser analisada através do estudo da hermenêutica constitucional, dos princípios que a informam e pela técnica da ponderação.²³

Os princípios aplicáveis à interpretação da tese ora defendida são os da isonomia, dignidade humana, autonomia da vontade e função social dos contratos. Nesse contexto, é preciso encontrar a interpretação que explique qual deles deve prevalecer no caso concreto, de modo que não são princípios excludentes, mas que devem conviver harmonicamente segundo a técnica da ponderação, realizada para otimizar e concretizar o princípio da dignidade humana.

Por isso, é preciso esclarecer que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, mas, em alguns casos, um deles deve prevalecer e, no caso analisado, no cotejo entre

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

autonomia da vontade, dignidade humana, função social dos contratos e igualdade, os três últimos prevalecem em relação ao primeiro, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

A prevalência de referidos princípios, no caso apresentado no trabalho, tem a finalidade de concretizar o princípio da dignidade humana, o que não vem ocorrendo com a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

7. Considerações finais

A impenhorabilidade do bem de família do fiador é a concretização do direito fundamental à moradia, decorrente do princípio da solidariedade social, função social dos contratos e dos contratos existenciais.

A interpretação do direito civil brasileiro de acordo com os princípios norteadores dos direitos fundamentais deve ser realizada de acordo com o entendimento de que o ser humano é o fim do ordenamento jurídico brasileiro e não o patrimônio. O princípio e a fonte de tudo é o ser humano, sua condição humana e sua dignidade humana. Relativizar um direito fundamental para se garantir um direito patrimonial, coisifica o ser humano, tornando-o objeto e não sujeito de direito, entendimento que não pode prevalecer, de acordo com a tese dos direitos humanos fundamentais.

Por isso, o trabalho conclui pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitem a penhora do bem de família do fiador, obrigação acessória, para se garantir a obrigação principal, despida de referida consequência jurídica, com evidente quebra do princípio da isonomia.

O direito fundamental à moradia deve prevalecer sobre o direito patrimonial, devido à eficácia horizontal e à aplicação direta e imediata do direito fundamental às relações privadas.

Assim, a consideração do indivíduo como um fim em si mesmo importa na inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 23ª tiragem, São Paulo:Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre “Moradia adequada”

Constituição Federal de 1988

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista USP. <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146> - acesso em 23/09/2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].

_____. *A paz perpétua*. Trad. Artur Mourão. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Lusosofia:press, Universidade da Beira Interior, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 20. vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2011, p. 265-308.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

RAUPP RIOS, Jorge Raupp Rios. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004

VENOSA, Silvio. *Direito Civil. Teoria Geral Das Obrigações e Teoria Geral Dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 16ª Ed. 2016 Atlas