

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Paccola Mesquita

**Eficácia harmônica dos direitos fundamentais:
Direito Civil e a interpretação Constitucional na perspectiva do direito à propriedade e
do bem de família do fiador**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Paccola Mesquita

Eficácia harmônica dos direitos fundamentais:

**Direito Civil e a interpretação Constitucional na perspectiva do direito à propriedade e
do bem de família do fiador**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto.

SÃO PAULO

2012

Banca Examinadora

Dedico este trabalho, primeiramente, aos meus amados pais, *Antonio* e *Suzana*, eternos ídolos, que com seus amores imensuráveis, sempre acreditaram em mim, apoiando-me em todas as decisões pessoais e profissionais. Minha eterna gratidão.

À minha irmã, *Fernanda*, exemplo de garra, perseverança e alegria de vida.

Ao meu mestre, *José Miguel Garcia Medina*, que me inseriu no grandioso e gratificante mundo acadêmico, sempre me incentivando a ir cada vez mais longe.

E, por fim, ao *Vinícius*, meu amado companheiro, com o qual travei inúmeras discussões doutrinárias diante de sua visão dogmática em choque com meu querido Direito Civil. Bem como por ter suportado, com todo carinho, meu mau humor durante a redação deste trabalho.

Muito obrigada.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Orientador José Manoel de Arruda Alvim Netto, por, sem saber, ter realizado um sonho pessoal, dando-me a honra de ser sua aluna, bem como pelos eternos ensinamentos.

A minha família, pela confiança e motivação.

Ao Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, por ter me acolhido no mestrado de forma sempre carinhosa, mostrando-me, através de suas brilhantes e emocionantes exposições doutrinárias, como o estudo do direito é gratificante.

Ao Prof. Dr. Mairan Maia, por me ajudar a minorar as angústias do trabalho de mestrado, auxiliando-me, com sua inteligência inquestionável, no tema e desenvolvimento desta dissertação.

Aos professores, colegas e funcionários do Curso de Mestrado em Direito, que acompanharam essa importante etapa de minha vida.

Ao CNPq, pelo fomento em forma de bolsa de mestrado, indispensável para a consecução desta dissertação.

A minha querida e “velha” amiga, Amanda, por ter tornado esse mestrado ainda mais alegre e prazeroso.

Aos meus amigos do escritório, Miguel, Rafael, Henrique e Vinícius, representando toda a equipe, pelo apoio e incentivo durante todo o curso.

“Viver é fazer opções a todo instante, de conformidade com a emergência de novas circunstâncias e conjunturas, o que pressupõe a preservação suprema da liberdade”.

Miguel Reale

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar, pela análise doutrinária e jurisprudencial, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, demonstrando, com isso, a necessidade de se harmonizar princípios considerados eminentemente civis com a norma constitucional. Para tanto, parte-se da análise dos direitos fundamentais, inserido-os nas relações particulares, com forte reflexo no princípio da autonomia privada, ao ponto de relativizá-lo. Neste contexto, busca-se analisar a jurisprudência dos Tribunais Pátrios, com o fim de contextualizar a discussão, trazendo à tona a ocorrência de divergência entre o entendimento do Judiciário e da doutrina nacional. É pela análise crítica de casos concretos que se pretende, também, mostrar a existência de situações de conflito entre normas, com a colisão de princípios fundamentais, que devem ser solucionados, na busca da conservação de interesses maiores, pela ponderação e pelo princípio da proporcionalidade. Por fim, partindo das premissas levantadas e da conflituosidade entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, faz-se a análise da (im)possibilidade de penhora do bem de família do fiador de locação que, em razão do art. 3º, VII da Lei 8.009/90, perderia a proteção da impenhorabilidade ao, livremente, ofertá-lo como garantia locatícia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Autonomia privada. Eficácia dos direitos fundamentais. Propriedade. Bem de família. Fiador. Locação. Penhora.

ABSTRACT

This paper has the objective of demonstrating, through doctrinal and jurisprudential analysis, the effect of fundamental rights in private relations, demonstrating, thereby, the necessity to harmonize principles considered eminently civil with the constitutional norm. In this way, we start from the analysis of fundamental rights by inserting them in particular relations with strong reflection on the principle of private autonomy, which is relativized. In this context, it seeks to analyze the jurisprudence of the national courts, in order to contextualize the discussion, bringing out the occurrence of divergence between the judiciary and the understanding of national doctrine. It is through critical analysis of specific cases that it also shows the existence of conflict between rules, with the collision of fundamental principles that must be solved in the pursuit of higher conservation interests, and by considering the principle of proportionality. Finally, through the premises and the conflict between fundamental rights and autonomy, it is analyzed the possibility, or not, to take the family property from the guarantee of rent contract, due to art. 3, VII of Law 8.009/90, it would lose the protection of immunity, because, freely, offer his property to assure the rent obligation.

Keywords: Fundamental rights. Private autonomy. Effect of fundamental rights. Property. Family property. Guarantee. Rent. Attachment.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL	12
2	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	16
3	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA	20
3.1	Dos Princípios Justificadores da Aplicação dos Direitos Fundamentais aos Particulares	23
3.1.1	Princípio da supremacia da Constituição	24
3.1.2	Postulado da unidade material do ordenamento jurídico	25
3.1.3	Direitos fundamentais como princípios objetivos	28
3.1.4	Princípio constitucional da dignidade da pessoa	30
3.1.5	Princípio constitucional da solidariedade	31
3.1.6	Princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais	32
3.2	Teorias Acerca da Eficácia dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada	33
3.2.1	Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	36
3.2.2	Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais	38
3.2.3	Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais	40
4	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	47
4.1	O Direito de Propriedade	48
4.1.1	Codificação do direito de propriedade: evolução histórica	49
4.1.2	Direito fundamental à propriedade e a sua função social	52
4.1.3	A extensão da ideia de função social à posse	55
4.1.4	O conflito entre o direito de propriedade e o da posse por meio da leitura dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil	57
4.1.5	A propriedade como um bem inviolável da família	63
4.1.6	Da impenhorabilidade do bem de família	65
4.2	Princípio Fundamental do Direito Privado: Autonomia Privada	68
4.2.1	Contrato de locação	72
4.2.2	Fiança nos contratos de locação de imóveis	76

4.3	Conflito de Normas de Direitos Fundamentais: solução por meio da Teoria dos Princípios	80
4.3.1	Do Embate entre Direitos: Direito à Moradia versus Autonomia Privada	84
4.3.2	Hipóteses legais permissivas da penhorabilidade. Relativização da garantia fundamental da moradia	88
5	POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO	92
5.1	A Boa-fé nos Contratos de Locação. Garantia de Segurança Jurídica	101
5.2	Calibragem de Princípios. Direito à Moradia versus Função Social do Contrato	104
5.3	Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	108
	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Civil contemporâneo mudou de roupagem, em especial, após a vigência da Constituição Federal de 1988. Diante dos ideais socializadores, a ordem civil foi se amoldando aos fins sociais, relativizando seu ideal individualista, tão marcante no CC/1916.

A inter-relação entre o direito civil e o constitucional ganhou destaque em diversos artigos de lei, como se denota das relações obrigacionais, empresariais, direito de propriedade e, até mesmo, no direito de família.

A partir dessa miscigenação, passou-se a discutir a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada, afastando a ideia de que estes direitos estariam restritos às relações envolvendo o Estado e o Particular.

Para justificar essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgiram três teorias: *i*) aquela que nega a aplicação dos direitos fundamentais no vínculo entre particulares; *ii*) aquela que admite a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma imediata e; *iii*) aquela que, da mesma forma da anterior, defende a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas de forma mediata.

Ao se admitir a eficácia dos direitos fundamentais na relação indivíduo-indivíduo, poderá ocorrer, em determinadas situações concretas, a mitigação do princípio basilar do direito civil, o da autonomia privada.

Assim, o princípio da autonomia privada, adaptando-se aos ideais socializadores da sociedade atual, passa a sofrer limitações de ordem constitucional, não sendo mais aplicado de forma irrestrita, como se percebia no Código Civil anterior.

Isso não quer dizer, porém, que se está diante da falência do principal instituto do direito privado, mas que este deve ser analisado em consonância com os demais princípios do ordenamento, preservando, com isso, a ordem econômica e social.

Ocorre que essa convergência entre princípios pode resultar em situações conflitantes, existindo a possibilidade de aplicação de duas normas diferentes para a solução de um mesmo caso.

Diante desta colisão entre princípios, necessário se faz a ponderação entre eles, na verificação, no caso concreto, de qual deverá prevalecer sobre o outro, e em qual intensidade. Muito importante, para tanto, a atuação do Poder Judiciário, que, ao sopesar os princípios em

choque, deve buscar a solução mais justa e em conformidade com a ordem legal para a solução do problema.

Para a justificação das teorias apresentadas no presente estudo, trabalhar-se-á com a análise de decisões proferidas pelos principais Tribunais Pátrios, buscando, com isso, demonstrar nos casos atuais, os debates doutrinários.

É pelos casos reais, vivenciados pela coletividade, que se torna possível a verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com o fim de se harmonizar interesses sociais e individuais.

Superadas as discussões teóricas, ao final do trabalho, analisar-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 407688, em que se discute a constitucionalidade, ou não, do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, o qual possibilita a penhora do bem de família do fiador de contrato em locação.

No referido *decisum* há o embate entre duas normas fundamentais: o direito à moradia e a livre iniciativa contratual. O fiador, de forma espontânea, oferece em garantia da obrigação locatícia o bem que reside com sua família. Deverá este bem ser protegido pela benesse da impenhorabilidade do bem de família, ou deverá ser respeitada a relação contratual livremente estabelecida?

Registra-se, por mais uma vez, conflito entre direitos fundamentais, que devem ser sopesados para a verificação de qual interesse deve prevalecer para melhor atender à coletividade.

Sendo assim, o que se pretende com o presente estudo é demonstrar a importância da eficácia harmônica entre normas de direito fundamental, partindo-se da análise teórica, com a verificação desta aplicação doutrinária nas decisões dos Tribunais Pátrios.

1 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL

Muito se estudou, e ainda se estuda, o denominado “Direito Civil Constitucional”¹, em que se analisa, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, a influência do Direito Constitucional na interpretação das normas do Direito Civil e vice-versa.

As primeiras Constituições brasileiras foram elaboradas sem qualquer ênfase às relações do Direito Civil, preocupando-se, prioritariamente, com a estrutura organizacional do Estado. Desde os primórdios do Estado Liberal, o ideal empregado foi da total ausência de intervenção por parte do Estado nas relações privadas.

Neste período, sob a forte influência do ideário liberal-burguês da Revolução Francesa, a ordem política do cidadão mostrava-se totalmente separada da ordem privada. Segundo PAULO LÔBO², o Estado encontrava-se separado da sociedade civil. Para a tutela do primeiro (Estado) elaborou-se uma Constituição política; para a tutela da segunda (sociedade civil), o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. Havia, portanto, duas Constituições simultâneas, elaboradas e desenvolvidas em duas esferas jurídicas não-comunicantes.

Daí tratar, no âmbito acadêmico, na dicotomia entre direito público e privado. Para a distinção desses ramos do direito utilizam-se critérios diversos. ROSA MARIA DE ANDRADE NERY aponta três teorias utilizadas para explicar a contraposição:

a) teoria dos interesses: direito público visa interesses públicos; direito privado, interesses privados; b) teoria da natureza da situação jurídica: normas dirigidas ao Estado, ou a pessoas a ele equiparadas, são de direito público; normas dirigidas a particulares são de direito privado; c) teoria da posição do sujeito da situação jurídica: se o sujeito atua com poderes de autoridade (*ius imperii*), está sob a normatividade do direito público; do contrário, o direito é privado³.

¹ A expressão utilizada por diversos Autores, como Pietro Perlingieri, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, dentre tantos outros, mostra-se um tanto inadequada, em razão da inexistência de um “Direito Civil **In**constitucional”. O ordenamento civil, por evidente, segue as diretrizes da Constituição Federal, sob pena de, assim não sendo, ser a norma totalmente afastada. Contudo, o que se pretende demonstrar, no presente trabalho, com a indigitada expressão, é a força da influência mútua existente entre esses dois Direitos no ordenamento atual.

² LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 172.

Não se pretende, aqui, concordar ou divergir dos critérios apontados, mas apenas ressaltar, como feito por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, que “os dois sectores do direito não se separam de forma tão absoluta como os dois hemisférios de uma esfera cortada ao meio”, sendo que a

[...] distinção entre o direito público e o direito privado é uma tarefa de classificação e arrumação sistemática e, nessa medida, uma tarefa da ciência do direito, que deve ser despida de conotações ideológicas e não põe em causa o postulado fundamental da *unidade da ordem jurídica*⁴.

Pretende-se analisar com este trabalho a aproximação do direito público com as relações jurídicas até agora disciplinadas no Código Civil, como, por exemplo, as concernentes ao direito de propriedade e contratuais⁵.

Desde a Constituição Federal de 1891 já se percebeu, em sua redação, a inserção de direitos tidos como privados. O art. 72 do referido diploma legal regulamenta o direito de propriedade como um direito inviolável aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 faz referência expressa a uma “ordem econômica e social”, demonstrando que o cunho individualista, destinado exclusivamente ao ordenamento civil, passa, a partir de então, a fazer parte da Carta Maior.

O ordenamento constitucional, portanto, verificou a necessidade de se garantir a justiça material, empregando sobre as relações entre particulares as normas constitucionais. A Constituição Federal, a partir de então, passou a ser considerada, também, como uma fonte do Direito Civil, desprezando a antiga dicotomia entre “sociedade civil” e “sociedade política”, possibilitando, assim, o diálogo entre a terminologia e os conceitos originários da Constituição e os institutos de direito privado⁶.

Está se diante da denominada ***Constitucionalização do Direito Civil***, podendo ser utilizado para o fenômeno, conforme ensinamento da Prof^a. ROSA MARIA A. NERY, a expressão *eficácia civil dos direitos fundamentais*. Indigitado fenômeno, como bem explicado pela referida Autora,

[...] encontra raízes no fato de que os direitos fundamentais – à luz de uma interpretação moderna que foi dada pela jurisprudência alemã ao art. 1º, 3º,

⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40 e 44.

⁵ GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 11.

⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

da Lei Fundamental da Alemanha (GG) – vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição, como normas postas, vigentes e imperativas, contra as quais não pode o legislador ordinário se insurgir⁷.

PERLINGIERI, analisando a expressão “*revisão dos institutos do direito civil à luz da Constituição*”, disciplina que esta, ainda que dotada de certa dose de ambiguidade,

[...] visa destacar não só que o objeto da interpretação com fins aplicáveis seja o dispositivo infraconstitucional, regulador de cada um dos institutos adequado ou conforme à norma constitucional, mas também que o objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas à norma constitucional: uns em função dos outros e vice-versa, coordenados segundo a conhecida técnica de aplicação, combinação de normas⁸.

Na realidade, a própria Constituição recebeu influências das relações privadas, como se percebe pela leitura de seu texto, que regulamenta, entre outros direitos, a garantia da propriedade privada, o direito de herança, o casamento etc.

Corroborando com este entendimento, INGO WOLFGANG SARLET nos ensina que

[...] o fenômeno da constitucionalização do Direito, que se manifesta tanto pela inserção de institutos originários da legislação infraconstitucional e da experiência jurisprudencial na Constituição, quanto especialmente pelo influxo das normas constitucionais sobre a legislação, as decisões judiciais e também sobre os próprios atos dos particulares, é em boa parte tributário da força normativa dos princípios e do reconhecimento da sua assim designada dimensão objetiva e da sua conseqüente eficácia irradiante, impondo uma interpretação de todo Direito à luz dos princípios e direitos fundamentais⁹.

Independentemente da interpretação que se é dada para a expressão *Constitucionalização do Direito Civil*, conclui-se que a direção do ordenamento privado somente será válida se a interpretação e a aplicação deste direito civil não contrariarem a CF.

O que antes era de atribuição exclusiva do Código Civil (por muito tempo considerado como principal diploma legal), passou a ser regida pela norma, hoje, considerada hierarquicamente superior, a Constituição Federal, garantindo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais a todas as relações privadas.

⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 306.

Assim, o que se pretende com o presente trabalho é apontar a inserção de um novo destinatário dos direitos fundamentais, diverso do Estado, refletindo, deste modo, na unificação do ordenamento pátrio¹⁰.

¹⁰ J.J. Gomes Canotilho, como o mesmo interesse de estudo do presente trabalho, formulou a seguinte pergunta acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: “Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e de direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.151).

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Logo de início, insta trazer à tona um conceito de direitos fundamentais formulado pela interpretação das normas consagradas com a CF/88. Pode-se conceituá-los como sendo as garantias e deveres, individuais e coletivos, dispostos, expressa ou implicitamente, no corpo da Constituição, e que tem como condão ofertar ao cidadão um convívio social harmônico e pacífico dentro de um Estado Democrático de Direito.

A evolução dos direitos fundamentais na história da humanidade teve como importante marco as duas grandes Guerras Mundiais, períodos em que direitos e garantias indispensáveis à sobrevivência digna do cidadão foram absolutamente esquecidos. Principalmente com o fim da 2ª Guerra Mundial, percebeu-se a imprescindibilidade de se resguardar direitos básicos do ser humano, muitos deles relacionados à vida, à liberdade, à dignidade e à igualdade.

A partir deste momento histórico, tem início, para a grande maioria da doutrina constitucionalista, a primeira das diversas gerações dos direitos fundamentais. As mutações históricas, políticas e sociais vivenciadas pela sociedade é que darão a tônica desta divisão cronológica dos direitos e garantias fundamentais.

Em um primeiro momento, tratou-se na existência de três gerações destes direitos.

Com os *direitos fundamentais de primeira geração*, foram consagrados os direitos individuais e políticos, de proteção da pessoa contra o arbítrio estatal (direito de resistência ou de oposição perante o Estado¹¹). Tratava-se, aqui, em um “não fazer” por parte do Estado, já que as maiores atrocidades contra a pessoa humana advinham das arbitrariedades cometidas pelo manto do Poder Público. Almejava-se maior liberdade em detrimento da repressão.

Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais não seria completa sem a intervenção positiva do Estado na concretização, por exemplo, dos direitos sociais. Daí se falar na *segunda geração dos direitos fundamentais*, correspondente aos direitos econômicos, sociais e culturais. Passou-se a exigir do Estado uma atuação mais ativa, com o fim de preservar a justiça social e de implementar garantias que somente poderiam ser ofertadas por um “Estado prestacional”.

A constante evolução social trouxe a necessidade de uma *terceira geração dos direitos fundamentais*, que ultrapassa o espectro de proteção do cidadão individualmente

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517.

considerado, e passa a levar em conta a necessidade de tutela dos direitos coletivos. A solidariedade e o desenvolvimento sustentável demonstram o verdadeiro enfoque desta geração, que tem como principais exemplos a defesa do meio ambiente, do consumidor, da criança, do idoso, entre outros.

Alguns Constitucionalistas, como PAULO BONAVIDES¹² e ANDRÉ RAMOS TAVARES falam, ainda, em uma *quarta geração de direitos fundamentais*, referindo-se ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A opção terminológica de “gerações”, como forma de indicar a evolução história dos direitos fundamentais, é criticada pela grande maioria da doutrina atual, sob a fundamentação de que a utilização do referido termo indicaria a “substituição gradativa de uma geração por outra”¹³.

DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, apontando mais uma crítica ao termo “geração”, relatam que este não se mostra cronologicamente exato, uma vez que os direitos sociais, considerados de segunda geração, já apareciam tutelados nas primeiras Constituições e nas Declarações do século XVIII e início do século XIX, antecedendo, portanto, aos direitos de primeira geração¹⁴.

Na busca de uma adequação terminológica, INGO WOLFGANG SARLET defende a existência de *dimensões* de direitos fundamentais. Para ele,

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’¹⁵.

Sobre o tema, ANDRÉ RAMOS TAVARES relata a existência de uma *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, justificando seu pensamento, com base nas ideias defendidas por Canotilho, na impossibilidade de se aplicar, de forma individual e

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

¹⁴ Para justificar a inadequação do termo “geração” para apontar a mutação dos direitos fundamentais, defendem Dimoulis e Martins que: “Isso indica que é inexato se referir a ‘gerações’ dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita ‘primeira geração’ liberal-individualista (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35).

¹⁵ SARLET, op. cit., p. 55.

separadamente, cada direito assegurado pelas gerações/dimensões, devendo estas serem aplicadas em seu conjunto, acentuando todas as funções que “as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente”¹⁶.

Independentemente da terminologia utilizada, seja *geração*, seja *dimensão*, o que não se pode perder de vista é a ideia de que não se deve falar em superação ou esgotamento de uma dimensão por outra, mas em complementariedade, havendo o acréscimo de direitos tutelados com surgimento de novas dimensões/gerações.

A Constituição Federal brasileira não apresenta qualquer divisão, diferenciação ou exaltação de direitos fundamentais específicos. Ao contrário, prevê uma infinidade deles, que, munidos de uma força normativa constitucional, terão eficácia direta em todo o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, independente do enfoque ou expressão utilizada para o estudo dos direitos fundamentais, o que se percebe na doutrina antiga e moderna é a preocupação com a aplicação e a eficácia destes direitos em todas as relações, sejam elas privadas ou públicas, visando à formação de um ordenamento jurídico pautado na proteção e garantia de todas as dimensões de direitos fundamentais.

Neste ambiente, as relações entre particulares, ordinariamente regidas pelo princípio da autonomia da vontade, de caráter eminentemente privado, passam, também, a sofrer influência de normas de direito público, consagradoras de direitos e garantias fundamentais.

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO já dizia que

[...] uma das questões de maior atualidade no campo das normas constitucionais protetoras dos direitos humanos tem a ver com a denominada eficácia externa, ou seja, com a operância *erga omnes* de seus efeitos ou de sua extensividade às relações que se multiplicam a toda hora na órbita privada entre os membros da sociedade civil¹⁷.

Os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, não podendo ser considerados como *numerus clausus*, possuindo ampla abertura de interpretação e incidência no direito nacional, fica fácil a justificativa da irradiação dos efeitos desta norma também para as relações privadas.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 460.

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 173.

O Direito privado, assim, não se mostra “imune” aos direitos fundamentais, percebendo-se, em inúmeras situações, a aplicação da norma constitucional nas relações entre particulares.

Não havendo como sustentar a inaplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, a fim de preservar a ordem social, econômica e política do direito, parte-se para a ideia da harmonização entre as normas de direitos fundamentais e de direito privado, de modo que não se trate na exclusão de uma pelas outras.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas tem sido foco de discussão doutrinária e jurisprudencial desde meados do século XX, sendo primeiramente estudado pelos juristas da sociedade alemã, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*. Foi a partir de decisões proferidas pelos principais tribunais alemães que a questão ganhou voga.

CANARIS¹⁸ justifica a influência dos direitos fundamentais sobre a aplicação e desenvolvimento do direito privado pela interpretação dos artigos 1º, n. 3, e 93º, n. 1, alínea 4ª da Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha. Segundo o Autor, certas leis de direito privado podem ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direito público, o que justifica a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A eficácia dos direitos fundamentais, segundo o Autor alemão, deve atender duas funções: *i*) a de intervenção nos direitos fundamentais de uma parte e; *ii*) de garantir a proteção dos direitos fundamentais da outra [parte]. Para a perfeita aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, necessário se faz a manutenção de ambas as funções, ponderando-as na situação concreta¹⁹.

No que tange aos órgãos jurisdicionais de direito privado, defende CANARIS que, caso uma decisão proferida viole direitos fundamentais *pela errada aplicação do direito privado*, encontrar-se-ão os tribunais cíveis, também, vinculados à aplicação de tais direitos no plano jurídico-material.

Sendo assim, na realização de um paralelo entre a legislação e a jurisprudência alemã, no âmbito de direito privado, pode-se concluir que

[...] as proposições em que os tribunais fundamentam as suas decisões, por interpretação e desenvolvimento do direito, devem, da mesma forma, ser aferidas, em princípio imediatamente, segundo os direitos fundamentais, tal como se constatassem de modo expresso do texto legal²⁰.

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁹ Explica Canaris que “Por um lado, indagar se a intervenção nos direitos fundamentais de uma parte onera esta de forma que ofenda a proibição de excesso; e, por outro lado, averiguar se a lei se fica, por exemplo, aquém daquele mínimo que a constituição impõe para proteção da outra parte” (Ibid., p. 34).

²⁰ Ibid., p. 42.

Os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, que ganharam força especial após as grandes Guerras Mundiais, portanto, ampliaram o âmbito de interpretação e incidência no ordenamento jurídico.

O legislador constituinte ampliou as normas constitucionais, em particular, na seara privada e especialmente no Direito Civil, deixando elas de ser um instrumento exclusivo do governo, para também ser um instrumento da sociedade²¹. Não significa, no entanto, como mencionado por ROBERTO ROSAS, “que a Constituição substitua a lei civil, ao contrário, a norma constitucional consolida a norma civil, e não é possível entender aquele sem o socorro desta”²².

A CF/1988, buscando uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), traça regras e princípios a serem aplicados no âmbito privado, dotando os direitos fundamentais de eficácia jurídica não apenas no plano das relações verticais (Indivíduo-Estado), mas também no plano das relações tidas como horizontais, ou seja, nas relações estritamente entre particulares.

Assim, o estudo da *eficácia civil dos direitos fundamentais* nada mais é que a análise da presença da principiologia do direito constitucional na forma estrutural do direito privado. ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, transcrevendo as ideias de Miguel Reale, relata que

[...] o CC foi elaborado para atualizar o direito privado, naquilo em que a experiência jurídica já está consolidada pela ciência, e para torná-lo compatível com a evolução da sociedade contemporânea, agregando ao novo sistema jurídico as conseqüências mais significativas e atuais da ciência do direito. Para isso o código – como sistema jurídico – adotou valores considerados essenciais para se atingir essa atualização normativa, compatível com os anseios da sociedade contemporânea. Esses valores são: a *eticidade*, a *socialidade*, a *operabilidade*²³.

O valor da eticidade é encontrado a todo o momento no ordenamento civil, principalmente pelo fato deste mostrar-se como um ordenamento aberto, que permite à

²¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 91.

²² ROSAS, Roberto. O Novo Código Civil e a Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 455.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 201-202.

hermenêutica declarar-lhe o seu significado. Assim, é a eticidade que exige do homem a conduta, segundo os ditames da probidade e da boa-fé²⁴.

Por sua vez, o valor da socialidade versa sobre a necessidade de se interpretar e aplicar o direito de modo a favorecer os interesses sociais, como se percebe pela disciplina do direito de propriedade e do contrato (arts. 1.228, §§ 4º e 5º, CC; 170, III, CF e arts. 421 e 422 do CC).

Finalmente, o valor da operabilidade se refere à realizabilidade do direito, ou seja, a elaboração do direito para ser executado, alcançando soluções para problemas que venham a surgir. O Direito, assim, nas palavras de MIGUEL REALE, “é feito para ser realizado; é para ser operado”²⁵.

A atual interpretação do Direito Civil, neste viés Constitucional, deve possuir, portanto, “*natureza híbrida*”²⁶, analisando-se tanto as relações entre os indivíduos como a destes com o Estado. Nos dizeres de JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS, “a regra constitucional no sistema civil passa a ser vinculante não só do comportamento do indivíduo ou das pessoas jurídicas em suas relações particulares, mas também da conduta do próprio Estado”²⁷. Para o Autor, dentro deste patamar de elevação dos direitos civis constitucionalizados, deve o Estado, por meio de seus governantes, velar pelo fiel respeito aos direitos privados e civis prescritos pela Lei Magna, tornando-os como verdadeiros dogmas.

A Constituição Federal brasileira de 1988 silenciou, ao contrário da Constituição portuguesa²⁸, considerada fonte inspiradora da nossa Constituinte, acerca da vinculação do particular aos direitos fundamentais.

Ainda que assim tenha agido nossa Carta Magna, e sem adentrar na discussão acerca do alcance/extensão da aplicação dos direitos fundamentais ao direito privado, tema que será tratado nos itens 3.1 e 3.2, insta consignar, desde já, que, no atual estágio de nosso ordenamento jurídico, impossível sustentar a exclusão dos particulares das garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

²⁴ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situações atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 8.

²⁵ *Ibid.*, p. 10.

²⁶ DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil Constitucional*. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24.

²⁷ *Ibid.*, p. 23-24.

²⁸ O artigo 18º/1 da Constituição de Portugal assentua que “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*” (destaque da autora). Vê-se, assim, que não resta qualquer dúvida acerca da aplicação dos preceitos constitucionais, relacionados aos direitos fundamentais, nas relações entre particulares.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além da imposição constitucional, que deve ser observada pelos intérpretes da lei, de forma direta ou indireta, como posteriormente se analisará, possui grande relevância social, na medida em que se garante a aplicação destes direitos a todo cidadão.

Para melhor compreensão desta subsunção “particular-direitos fundamentais”, mister se faz o estudo de uma série de princípios que justificam esta relação, demonstrando *como e em que medida* os direitos fundamentais vinculam as relações inseridas no âmbito privado.

3.1 Dos Princípios Justificadores da Aplicação dos Direitos Fundamentais aos Particulares

A ausência de previsão expressa na Constituição Federal acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais exige da doutrina e jurisprudência a busca de fundamentação teórica para o fenômeno.

Para a justificativa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o presente trabalho valer-se-á da classificação elaborada por WILSON STEINMETZ, que aponta seis “*fundamentos constitucionais*” para demonstrar que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais não é, nas palavras do Autor, “mera ‘faculdade constitucional’, mas uma imposição (exigência) básica da CF”²⁹.

Segundo STEINMETZ, dentre a “constelação” de fundamentos constitucionais, há aqueles considerados principais, que possuem maior força dogmática, e aqueles considerados adicionais, com menor força dogmática.

Pertencem aos de primeira ordem, exercendo maior influência na justificativa da relação “direito privado-direitos fundamentais”: i) princípio da supremacia da Constituição; ii) postulado da unidade material do ordenamento jurídico; iii) direitos fundamentais como princípios objetivos e; iv) princípio constitucional da dignidade da pessoa. Citam-se como fundamentos adicionais, por sua vez, o v) princípio constitucional da solidariedade e; vi) princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais.

²⁹ Segundo o Autor, a “fundamentação aqui desenvolvida (i) inspira-se nos principais argumentos construídos pela jurisprudência e pela dogmática constitucionais comparadas, ajustando-os ao referencial normativo constitucional brasileiro, e (ii) apoia-se em dados positivos específicos da CF” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 100-103).

Passar-se-á a analisar, de forma mais detida, cada um destes fundamentos constitucionais, com o fim de justificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

3.1.1 Princípio da supremacia da Constituição

Como já exposto Capítulo 3, para que se possa justificar, de forma plenamente fundamentada, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não basta a aplicação de um método de interpretação meramente subsuntivo. A ausência de norma constitucional expressa, porém, não impede que o hermenauta alcance a conclusão de que as relações civis particulares também receberão forte carga de influência dos direitos fundamentais.

Uma interpretação das normas e princípios constitucionais, em um estágio atual de constitucionalismo, é suficiente para identificar pontos cruciais para uma afirmação tranquila de que há eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Desde a superação das ideias de Ferdinand Lassale, pelo estudioso alemão, Konrad Hesse, que a Constituição já não é mais vista como uma mera “folha de papel”, mas como carta normativa com “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”³⁰. Neste contexto, Hesse denomina de “força normativa da Constituição” e que traz a ideia de uma “vontade de constituição” conformadora de todo o ordenamento.

Assim, à Constituição Federal passou-se a atribuir carga normativa tamanha que, pacificou-se a ideia de uma supremacia da indigitada Carta em relação ao restante do ordenamento jurídico.

Concebe-se, assim, o princípio da supremacia da Constituição como sendo a posição hierarquicamente superior atribuída às normas constitucionais em relação às demais normas do sistema. As “leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatível com alguma norma constitucional”³¹.

³⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

³¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 360.

Levando-se em consideração esse viés superior da ordem constitucional, os direitos fundamentais, garantidos pela CF em seu Título II, passam a irradiar efeitos para todos os demais ramos do direito, influenciando e servindo de parâmetro para toda norma considerada infraconstitucional.

Os direitos fundamentais, assim como todo o ordenamento constitucional, passam a funcionar, nas lições de GUSTAVO ZAGREBELSKY³², não só como ponto de chegada, mas, também, como ponto de partida.

Diante deste panorama, supera-se a ideia de “Constituição” como norma regulamentadora das questões do Estado, tão somente. As relações entre particulares, por conta desta supremacia constitucional, passam a sofrer influência direta da norma fundamental, como no caso dos direitos de propriedade, da ordem econômica e de família.

Não resta dúvida, portanto, que “as normas constitucionais, sobretudo as normas de direitos fundamentais, em virtude de sua supremacia normativa, estão aptas a incidir, também, sobre as relações jurídicas interprivadas”³³, justificando a utilização do princípio da supremacia da Constituição como fundante da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

3.1.2 Postulado da unidade material do ordenamento jurídico

O segundo fundamento constitucional justificador da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é o princípio da unidade material do ordenamento jurídico, que tem na Constituição Federal o parâmetro para a aplicação e interpretação do direito.

Não resta qualquer dúvida de que a norma infraconstitucional deve ser aplicada juntamente com os princípios constitucionais. Muitos constitucionalistas, e até mesmo civilistas³⁴, têm defendido a construção de uma dogmática sólida acerca da aplicabilidade das

³² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotá, 2005.

³³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

³⁴ “Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram, hoje definidas, as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado” (GOMES, Orlando. *A agonia do Código Civil*. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, n. 7, 1988. p. 5).

normas constitucionais sobre o direito privado, acreditando ser imprescindível, como mencionado por GUSTAVO TEPEDINO³⁵, “a utilização de uma teoria da interpretação única e não formalista”.

Para o referido Autor, a complexidade do ordenamento, que se traduz na pluralidade de fontes normativas, deve ser compreendida de forma unitária, a partir da *tábua axiológica contida na Constituição Federal*, a qual exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de normas.

No mesmo sentido, colocando a Constituição como centro de interpretação das normas, escreve o jurista italiano PERLINGIERI que

[...] é indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito, o que exclui que se possa configurar o sistema jurídico dividido em ramos autônomos ou em tantos microssistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados e não comunicáveis entre si³⁶.

O que se pretende, com a ideia de um ordenamento uno e complexo, é a harmonização de diversas fontes normativas orientadas pelos valores constitucionais. A fundamentação hermenêutica é axiológica, devendo os valores constitucionais se impregnar em cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou em cada categoria do direito infraconstitucional.

MARIA CELINA BODIN MORAES³⁷, justificando a incidência da ordem constitucional em todo ramo do direito, prega que:

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, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Segundo a mesma Autora, “o direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que, como se viu, já foi exercida pelos códigos civis”³⁸.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361-362.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, dez. 1991.p. 135.

³⁸ Id. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

A norma infraconstitucional, para parte da doutrina, deve ser lida à luz da norma constitucional e não ao contrário, devendo os princípios constitucionais sempre prevalecer na interpretação do caso concreto, servindo a CF como o centro unificador da interpretação das normas hierarquicamente inferiores³⁹.

Tal entendimento, no entanto, deve ser visto com parcimônia. A interpretação dos constitucionalistas, e até mesmo de alguns civilistas, aparenta afastar as normas de direito privado para a aplicação da Constituição Federal.

O sistema jurídico não pode ser consolidado com base na superação, fria, do direito privado, sem que se analisem as particularidades do caso concreto. Por meio dessa análise, e de uma interpretação hermeneuticamente constitucional dos princípios do direito privado, e não de sua mera exclusão, é que se construirá um direito unificado.

Como bem criticado por OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, o que se percebe nos dias atuais é a “renúncia às soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o Direito Privado pode e tem condições de oferecer”⁴⁰.

Não se está defendendo neste trabalho, vale enfatizar, a inexistência da influência principiológica da Constituição Federal às relações privadas, mas a necessidade de se ponderar tal influência, sob pena de banalizar as normas constitucionais⁴¹, atribuindo ao próprio Supremo Tribunal Federal a função de analisar casos jurídicos fora de sua atribuição.

Muitas vezes, a transposição do Direito Público para o Direito Privado gera choque de interesses e deveres, sendo considerada desnecessária e imprópria. Assim, para melhor solução dos casos de Direito Privado, importante que a doutrina e a jurisprudência se apoiem nos ideais de Robert Alexy e Ronald Dworkin, sopesando e ponderando as situações fáticas para garantir a melhor aplicação do direito.

³⁹ Levando-se em consideração que nenhum direito é absoluto, determinadas situações podem apresentar conflito entre direitos fundamentais, o que acarreta a necessidade de ponderação entre eles. Para tanto, imprescindível que o intérprete se valha da “máxima de proporcionalidade” que, segundo Willis Santiago Guerra Filho, “a imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídico e faticamente possível, para obter-se a otimização no adequamento da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: RCS, 2007. p. 159).

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição do *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*: Universidade FUNEC, v. 5, n. 2, jul/dez. 2010. p. 46.

⁴¹ Vale destacar as ideias trazidas por João Batista Villela acerca da utilização desenfreada de princípios constitucionais em todas as relações nos âmbitos público e privado. Afirma o referido Autor que o princípio da dignidade da pessoa humana acabou por ganhar a propriedade de servir a tudo e, conseqüentemente, acabou por empobrecer-se e se esvaziou (VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina, edição comemorativa, 20 anos. Brasília, DF: [s.n.], 2009. p. 562).

3.1.3 Direitos fundamentais como princípios objetivos

Aos direitos fundamentais foram atribuídas duas funções (ou dimensões, como utilizado por parte da doutrina), uma subjetiva e outra objetiva. Tais funções mantêm a relação de complementaridade recíproca, podendo se confirmar, inclusive, que uma seja o fim da outra.

A dimensão/função subjetiva dos direitos fundamentais “corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”⁴². Ou seja, trata-se de um direito destinado à proteção de condutas jurídicas individuais, falando-se, aqui, na aplicação prática dos direitos fundamentais, na particularidade de cada cidadão.

Enquanto isso, coube à dimensão objetiva dos direitos fundamentais a justificativa da eficácia destes direitos nas relações entre particulares.

Por meio da função objetiva dos direitos fundamentais, estes, carregados de força normativa constitucional, irradiarão efeitos, de forma ampla, para todo o ordenamento jurídico, incluindo-se, aqui, as relações civis desenvolvidas entre particulares.

Neste viés, leciona GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO⁴³:

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais comunica-lhes, também, uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito. A dimensão objetiva enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a eficácia destes direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, se refere ao cidadão inserido na coletividade, destinatário de garantias e deveres fundamentais em qualquer âmbito do direito. O conteúdo dessa dimensão dos direitos fundamentais, conforme ensinado por

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189.

⁴³ *Ibid.*, p. 191.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “deve ser definido a partir do significado desse direito para a vida social como um todo”⁴⁴.

Levando-se em consideração a função irradiante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, percebe-se que tais direitos acabam por se inserir na esfera individual de cada cidadão, com a proteção particular que o caso requer.

Vê-se, assim, que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais mostra-se como o fim dos reflexos transmitidos pela eficácia da dimensão objetiva, uma vez que o direito coletivamente protegido acaba por se direcionar, de modo individual, a cada cidadão inserido na sociedade.

A discussão sobre a dimensão dos direitos fundamentais nos remete à análise de seu conteúdo essencial, na verificação de um direito tido como absoluto ou relativo. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, explica, de forma precisa, o problema. Segundo o Autor, toda teoria que defende a existência de um conteúdo essencial absoluto acredita existir “um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição”.

O grande desafio desta corrente, contudo, seria a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o que dele seria excluído⁴⁵.

A corrente oposicionista, e adotada por este trabalho, trata de um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais, aplicando-se maior dinamicidade e adaptação desse direito à sociedade em evolução.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, explicando a teoria relativa dos direitos fundamentais, descreve que

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26.

⁴⁵ A teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no sentido de defender a existência de direito imutável e resistente ao tempo, passou a ter variações, sendo que muitos adeptos a esta corrente deixaram de empregar ao direito fundamental o caráter de imutabilidade, passando a propor a existência de uma teoria absoluta *dinâmica* e uma teoria absoluta *estática*. Para a primeira, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode, com o passar do tempo, ser modificado. O caráter absoluto, neste contexto, “implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sobre relativizações de acordo com urgências e contingências”. O conteúdo essencial absoluto-estático, por sua vez, diz respeito à imutabilidade e intangibilidade do direito fundamental tanto no sentido espacial, quanto no sentido material-temporal (Ibid., p. 187-191).

não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso⁴⁶.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na realidade, deve decorrer da regra da proporcionalidade, devendo o litígio existente no caso particular ser solucionado pela ponderação/sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes. Daí se afastar, por conseguinte, a teoria absoluta dos direitos fundamentais.

A relativização dos direitos fundamentais, desta forma, é imprescindível para o acompanhamento da evolução da sociedade, e de extrema importância para a efetivação desse princípio tanto de sua dimensão objetiva como subjetiva.

Destarte, tanto o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como a dimensão irradiante objetiva dos direitos fundamentais, tem papel primordial na confirmação de que, efetivamente, se pode falar em uma eficácia civil dos direitos fundamentais.

3.1.4 Princípio constitucional da dignidade da pessoa

Após o desfecho das duas grandes guerras mundiais, a sociedade internacional viveu um período de profundas mudanças, marcado pelo repúdio às atrocidades do nazismo, por exemplo, e pela exaltação das garantias fundamentais dos indivíduos frente ao arbítrio estatal.

A dignidade humana passa a ser o grande objeto de tutela do direito, passando a ocupar posição de destaque na escala normativa, como valor constitucional supremo.

No ordenamento constitucional brasileiro, mais especificamente no art. 1º, III, da CF/1988, é a dignidade humana elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

Em relação aos direitos fundamentais, a dignidade ocupa uma posição de destaque, como núcleo em torno do qual gravitam essas garantias, que deverão ser protegidas para que se possa falar em viabilização da dignidade humana.

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO⁴⁷ bem descreve a relação que esta sobrenorma tem com os direitos fundamentais:

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15-16.

A bem dizer, no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático.

A dignidade da pessoa humana, muito mais do que um direito, constitui-se em núcleo axiológico da Constituição Federal, valor mais importante dentro do ordenamento constitucional, trazendo a ideia de que o Estado existe para atender às necessidades do cidadão, não sendo a Constituição mera carta regulatória dos poderes públicos.

Assim, o princípio da dignidade humana, irradiando força normativa para todo o ordenamento, não se resume à regência das relações públicas, devendo ser observado, também, nas situações entre particulares, que deverão prezar pela concretização deste importante postulado constitucional.

Neste viés, portanto, impossível não notar a importância fulcral do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.1.5 Princípio constitucional da solidariedade

WILSON STEINMETZ trabalha o princípio constitucional da solidariedade, com previsão constitucional no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, como sendo um reforço à ideia de que os direitos fundamentais vinculam, também, os particulares.

A solidariedade, como já tratado no presente trabalho, ocupa uma posição de grande importância na evolução dos direitos fundamentais. Ela marca o surgimento da terceira dimensão destes direitos, o que, por si só, já delineia a sua relevância no estudo em questão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, ao preverem a abstenção do Estado perante o particular, e os direitos de segunda geração, ao prescreverem a necessidade de um Estado prestacional frente a toda sociedade, deixam evidente os personagens aí envolvidos: Estado e o particular.

Neste panorama, a consagração dos direitos fundamentais de terceira dimensão, tendo como baluartes a fraternidade e a solidariedade, dá um passo à frente, trazendo a

necessidade de observação de direitos fundamentais não somente pelo Estado, mas também por todos os membros da sociedade.

É inegável que o princípio da solidariedade funciona como importante combustível para que o Estado efetive e implemente direitos sociais, sendo esta, talvez, sua primordial finalidade, ao promover o bem-estar social e criar mecanismos de incentivo à cooperação social.

Não obstante, esta característica de estímulo e cobrança estatal, característicos dos direitos de segunda dimensão, o princípio constitucional da solidariedade tem importante papel na vinculação dos particulares, ao exigir que estes, em suas condutas, ajam de forma fraterna, isonômica, preservando o bem-estar social e a dignidade dos indivíduos.

PEDRO BUCK AVELINO relata que a solidariedade está no “atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo”⁴⁸.

A sociedade atual exige a promoção da solidariedade não apenas pelo Estado, mas também pelo próprio cidadão, membro deste, como uma forma de se construir uma sociedade fraterna mediante os ditames da justiça distributiva e social.

Os sinais desta nova exigência são facilmente percebidos no ordenamento privado, em que se passa a exigir do particular, no exercício de seus direitos subjetivos, a preocupação com o bem-estar do próximo, como se percebe nos direitos individuais de propriedade, contrato e empresa, que passam a ser exercidos também em observância a uma função social.

Assim, ainda que a atuação do princípio da solidariedade se faça de forma mais suave nas relações interprivadas, mostra-se este de primordial importância para fundamentar a *eficácia civil dos direitos fundamentais*.

3.1.6 Princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais

Como último fundamento justificador da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, aponta-se o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, constitucionalmente, previsto no art. 5º, §1º.

⁴⁸ AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 53, out./dez. 2005. p. 250.

Segundo este artigo, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. JOSÉ AFONSO DA SILVA, interpretando o sentido deste dispositivo legal, explica que, “em primeiro lugar, significa que elas [as normas] são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Público, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”⁴⁹.

Diferentemente da Lei Fundamental Alemã, o rol de direitos fundamentais apresentados pela nossa Constituição Federal é apenas exemplificativo, sendo que estes “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela [CF] adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º da CF).

Seja na forma expressa, ou de modo implícito no ordenamento pátrio, não resta qualquer dúvida, como se defende neste trabalho, sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Contudo, a forma desta aplicabilidade, se de modo direto ou indireto, é que divide a doutrina. Inexistindo unanimidade quanto ao assunto, passar-se-á a estudar, de forma individualizada, cada teoria que analisa a matéria, justificando-se o porquê de o princípio constitucional da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas mostrar-se relevante.

3.2 Teorias Acerca da Eficácia dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada

Superada a ideia da efetiva aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, mister se faz a análise da extensão e do modo de incidência destes indigitados direitos na relação civil.

Segundo estudo de OLHA O. CHEREDNYCHENKO, desde a denominada *Constitutionalisation of private Law*, não se discute mais se os direitos fundamentais possuem impacto nas relações privadas, mas sim *em qual extensão e como* isso ocorre. Para

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 409.

ele, dependendo da extensão dos efeitos dos Direitos Fundamentais sobre o direito privado, haverá uma relação de subordinação ou complementaridade entre eles⁵⁰.

Neste ambiente, foram desenvolvidas três teorias que analisarão de que forma se dará a relação entre as normas fundamentais e o caso privado específico: **(a)** aquela que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; **(b)** a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada e; **(c)** teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares, que serão minudenciadas nos subitens seguintes.

Segundo ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a eficácia civil dos direitos fundamentais pode ser analisada de duas maneiras:

1) pela *penetração dogmática direta* (passagem imediata dos textos constitucionais às decisões civis), ou *indireta*, pela concretização de conceitos indeterminados (conceitos tornados precisos para aplicação a determinados casos concretos); 2) *por seu alcance material*, na medida que os direitos fundamentais delimitariam: a) espaços livres de ingerência estadual; b) espaços do Estado livres de ingerência de particulares; c) pretensões de particulares por ações que contendam com os direitos fundamentais (aqui identificada a eficácia reflexa ou civil dos direitos fundamentais)⁵¹.

Porém, antes de adentrarmos na análise pormenorizada de cada uma das teorias, vale tecer algumas considerações acerca da distinção entre eficácia e efetividade.

MIGUEL REALE, em sua obra *Lições Preliminares do Direito*, não faz distinção entre eficácia e efetividade, considerando-as como sinônimos. Segundo ele, “a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana”⁵².

TÉRCIO SAMPAIO JR, por sua vez, ao analisar a questão da eficácia, relata que este termo deve ser utilizado no sentido de aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma. Efetividade, por sua vez, está ligada à capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação ou depender de outras normas para tanto⁵³.

⁵⁰ Será uma relação de *subordinação* quando as relações entre particulares não estiverem vinculadas exclusivamente ao direito privado, mas também aparecerem consagradas nas Constituições nacionais e internacionais, com impacto imediato dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Haverá *complementaridade* entre os direitos, por sua vez, quando o direito fundamental apenas influenciar o direito privado, sendo que ambos se complementam, sem serem excluídos (CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?* Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/45/45>>. Acesso em: 10 dez. 2011).

⁵¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

⁵² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 117.

Segundo o referido Autor, a norma se torna efetiva (ou socialmente eficaz, como utilizado em sua obra) “quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos”. Já a eficácia (eficácia técnica) está relacionada à maior ou menor aptidão das normas em produzir efeitos⁵⁴.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, na mesma linha distintiva de SAMPAIO JÚNIOR, utiliza-se das expressões *eficácia social da norma* (que se refere à real aplicação e obediência da norma no plano fático) e *eficácia jurídica* (que “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos”⁵⁵) para demonstrar que “a eficácia [eficácia jurídica] diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”⁵⁶. Possibilidade esta que não se confunde com a sua efetividade (eficácia social da norma).

Eficácia, portanto, é a possibilidade de uma norma gerar efeitos, enquanto efetividade é a real produção de efeitos da norma. Uma norma poderá, assim, ter eficácia, mas não efetividade, uma vez que as condições fáticas não permitem a sua aplicação.

Tal entendimento é criticado pelo publicista EROS ROBERTO GRAU. O ex-Ministro propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, “partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetividade”⁵⁷.

Optando pela concepção clássica da eficácia jurídica, posição esta também enlaçada pelo presente trabalho, conclui INGO WOLFGANG SARLET, que:

Podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação⁵⁸.

No presente estudo, assim, ao analisarmos a *eficácia* dos direitos fundamentais sobre as relações civis, estamos nos referindo à capacidade da norma em produzir efeitos

⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 166 e 168.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 55-56.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 55-56.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 229.

⁵⁸ *Ibid.*

neste âmbito privado. Se tais direitos serão efetivamente aplicados, ou se apenas terão um cunho ideológico, dependerá das situações concretas, dos fatos que envolverão a norma a ser aplicada.

3.2.1 Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A primeira teoria que merece ser comentada é a que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em especial na doutrina norte-americana, tem prevalecido a visão de que, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas. Os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição Americana, impõem limitações apenas ao Poder Público, não atribuindo ao particular direitos frente a outros particulares⁵⁹.

A justificativa norte-americana para a negativa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá, em especial, por duas razões. A primeira delas é que o texto constitucional se refere apenas ao Poder Público quando da menção aos direitos fundamentais. A segunda justificativa reside no fato de que nos Estados Unidos da América cada Estado possui autonomia para legislar sobre Direito Privado, estando esta tarefa afastada da União, impedindo que as Cortes Federais intervenham na regulamentação das relações entre particulares.

No direito europeu, esta visão, de excluir os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, é defendida por Sir Richard Buxton. Segundo ele, a Convenção Europeia apenas se aplica contra o Estado e na medida em que os Direitos Humanos obrigam a lei inglesa, não podendo tais direitos ser aplicados diretamente nas relações entre outros sujeitos. Assim, haveria um paralelo entre os direitos fundamentais e o direito privado, jamais existindo a interação entre eles⁶⁰.

Ainda, para os defensores desta corrente, a negativa de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá em razão de uma maior autonomia destinada ao direito privado.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 288.

⁶⁰ CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?* Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/45/45>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA explica que os adeptos desta corrente buscam “desmistificar uma posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais”⁶¹. Em razão disso, os direitos fundamentais não poderiam ser considerados como superiores apenas em razão de estarem disciplinados no texto constitucional.

Um dos poucos defensores desta teoria é o alemão Uwe Diederichsen, cujo pensamento é interpretado na obra de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da seguinte forma:

Não se trata de mera questão de formalidade. Para reforçar seu argumento, Diederichsen lembra que, da mesma forma que muitos hoje encaram como ponto pacífico a supremacia dos valores constitucionais em confronto com o direito privado, no século XIX o cenário era o oposto e eram os valores do direito privado que eram tidos como superiores. Tudo não passaria, assim, de variações argumentativas e valorativas, que não têm relação necessária com a hierarquia formal entre constituição e legislação ordinária. Se assim não fosse, ou seja, se houvesse de fato uma relação hierárquica entre direitos fundamentais e direito privado, necessariamente todos os conflitos deveriam ser resolvidos a favor dos primeiros⁶².

Tal posicionamento, contudo, mostra-se ultrapassado, sendo praticamente unânime na doutrina nacional e internacional o entendimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares⁶³.

ANDREY BORGES DE MENDONÇA e OLAVO AUGUSTO V. A. FERREIRA, justificando a impossibilidade de se pensar no afastamento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro, pregam que a própria

Constituição direciona-se, para além de regular o poder político, também para reger a conduta do povo que integra o território submetido à Constituição. Assim, se o Poder Constituinte estabeleceu que é fundamento do nosso ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais, isto significa que todos aqueles que estiverem sob o império do ordenamento jurídico brasileiro estão submetidos aos fundamentos dele, dentre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais⁶⁴.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71.

⁶² *Ibid.*, p. 73.

⁶³ A teoria da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas fora até mesmo relativizada nos Estados Unidos da América, por meio da “Doutrina da *State Action*”, cuja a finalidade era a de tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, definindo, ainda que de forma casuística e assistemática, em que situações essa aplicação poderia ocorrer, utilizando-se, para tanto, a equiparação de determinados atos privados a atos estatais.

⁶⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leitura Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 299 e 301.

Portanto, estando as relações do povo (relações entre particulares) inseridas na abrangência da incidência do ordenamento constitucional, não poderiam os direitos fundamentais estar restritos às relações “Poder Público-particular”, devendo se estender, também, aos vínculos obrigacionais privados.

3.2.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais

Desenvolvida originariamente na doutrina alemã, a teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*), também denominada por eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) tem como precursor Günther Dürig (1956). Esta teoria ganhou força e destaque quando foi aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth*⁶⁵, em 1958, conquistando, desde então, diversos seguidores^{66,67}.

Segundo DANIEL SARMENTO, esta teoria mostra-se como “uma construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada”⁶⁸.

Sobre a teoria, explica o referido Autor que

⁶⁵ Daniel Sarmiento narra com precisão o caso germânico que marcou a história alemã, por ter sido aplicado no caso, pela Corte Constitucional, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas: “Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que fora colaborador do regime nazista, organizado em 1950 pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A empresa distribuidora do filme insurgiu-se contra o boicote e obtivera decisão da Justiça Estatal de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Esse acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais de direito privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretados à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo, que não atribuía, em sua decisão, qualquer influência à liberdade de expressão na interpretação da citada cláusula (SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 295).

⁶⁶ MARTINS, Tiago Penido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o Supremo Tribunal Federal. In: Encontro Nacional do CONPEDI: as dimensões da personalidade na contemporaneidade, 18., 2009, Maringá. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. p. 7298.

⁶⁷ Dentre os adeptos desta teoria, podemos citar Konrad Hesse, Klaus Stern, Hans Peter Schneider, laus-Wilhelm Canaris, Pedro Cruz Villalón, Jesús García Torres, Jesús Alfaró Aguila-Real, Carlos Alberto da Mota Pinto.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198.

[...] para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.

Ou seja, os direitos fundamentais disciplinados pela Constituição são considerados como uma ordem de valores, devendo ser aplicados na esfera privada de forma indireta, pela interferência do Poder Público. Sendo assim, as normas de direito fundamental apenas teriam eficácia nas relações entre particulares quando mediadas pelo legislador infraconstitucional ou quando da interpretação dos tribunais nos casos concretos.

Para a submissão do Direito Privado às normas Constitucionais, desta forma, necessária a construção de pontes, ligando o primeiro às segundas. Para Dürig, estas pontes seriam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador (“fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado”) e interpretados e aplicados pelos juízes, sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais.

Segundo o Autor alemão, as cláusulas gerais seriam “os meios normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros, com cujo auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-civil especiais, o direito privado objetivo cumpre seu *pedido de proteção*”⁶⁹. Assim, as cláusulas gerais, desenvolvidas pelo próprio direito privado, seriam preenchidas por valores moldados nos direitos fundamentais, solucionando, desta maneira, o conflito envolvendo tais direitos na relação de força particular.

Caberia ao Legislativo e ao Judiciário a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Àquele competiria proceder com a regulamentação normativa dos direitos fundamentais, restando a este a função de, quando da lacuna legal acerca da incidência dos direitos fundamentais, atribuir-lhes eficácia por meio da interpretação, valendo-se, para tanto, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

KONRAD HESSE⁷⁰, analisando a função mediadora do legislador e dos tribunais para a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas, preleciona que ao

⁶⁹ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.p. 35.

⁷⁰ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1955. p. 63-64

legislador de Direito Privado cabe a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais com a finalidade de incidi-lo, indiretamente, nas relações jurídicas privadas:

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de *transformar* el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes em una relación jurídico-privada. A el compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado. El legislador debe tener em cuenta que ello no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individuales, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano.

Diante disso, os defensores desta teoria acreditam que o direito fundamental deve ser aplicado apenas de modo mediato nas relações entre particulares, sob pena de desvirtuar a autonomia inerente à norma de direito privado.

Neste sentido, esclarece Dürig

Trata-se da conservação da autonomia jurídico-privada pela guarda do direito privado diante da assunção de preceitos de direito constitucional com efeito coercitivo, não primeiro tornar mediato pelo direito privado segundo leis objetivas próprias⁷¹.

Os direitos fundamentais, assim, apenas seriam aplicados na esfera particular após um processo de transformação, realizado por meio da interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado (considerados como “portas de entrada” dos direitos fundamentais no Direito Privado), à luz dos direitos fundamentais, tratando-se, nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET, “de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado”⁷².

3.2.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

Defendida inicialmente na doutrina alemã, a teoria da eficácia direta, ou imediata, dos direitos fundamentais nas relações privadas teve como precursores Hans Carl Nipperdey e Leisner.

⁷¹ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011., p. 42.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 366.

Ao contrário do que se defendeu na teoria da eficácia indireta, esta corrente prega a desnecessidade de uma intermediação pelo Poder Público para a concretização dos direitos fundamentais às relações privadas. Os direitos fundamentais, desta forma, aplicam-se diretamente nas relações privadas, sem ser necessária qualquer intervenção do Legislativo ou Judiciário para interpretação e integralização da norma.

Para HANS CARL NIPPERDEY, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculassem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.

O argumento utilizado por esta corrente para justificar a vinculação direta do particular aos direitos fundamentais é o fato destes direitos constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem pública), como força normativa da Constituição, não se podendo aceitar que o direito privado forme uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional⁷³.

Segundo NIPPERDEY, “a constituição garante o ordenamento jurídico privado em seus elementos essenciais e concede a ele proteção, firmeza e liberdade perante o estado”⁷⁴.

Como um dos grandes defensores desta teoria da eficácia direta, DE LA CRUZ afasta a necessidade de mediação legislativa para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob o fundamento de que os direitos fundamentais caracterizam-se por serem direitos públicos subjetivos dos cidadãos, não se limitando ao âmbito das relações jurídicas públicas, estendendo-se, também às relações privadas:

[...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares⁷⁵.

Não apenas em situações que envolvem o Estado é que será possível perceber desigualdades decorrentes do exercício de uma maior ou menor dominação ensejadora de

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 366.

⁷⁴ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 57.

⁷⁵ Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 167.

desigualdades sociais, mas também certas relações privadas podem resultar em um desequilíbrio entre valores constitucionais, razão pela qual se faz imprescindível, em tais situações, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações que envolvem particulares.

A maior parte dos constitucionalistas brasileiros são adeptos a esta corrente, estendendo a redação do art. 5º, § 1º⁷⁶ da CF às relações privadas. Assim, para eles, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações que envolvem particulares deve se dar de maneira *direta* ou *imediate*, interpretando-se as normas infraconstitucionais à luz dos princípios constitucionais.

Neste sentido, disciplina LUÍS ROBERTO BARROSO⁷⁷ que, “a aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequada para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto”

Os direitos fundamentais possuem aplicação plena sobre as relações entre particulares, servindo de fundamento válido e eficaz para as decisões judiciais a serem proferidas na solução dos litígios que decorram dessas relações⁷⁸.

Para ROBERT ALEXY, a medida do efeito dos direitos fundamentais nas relações cidadão/cidadão é uma questão de sopesamento⁷⁹. Assim, nas teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, “o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida”⁸⁰.

INGO WOLFGANG SARLET, filiando-se, de certa maneira⁸¹, à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, uma vez que prevista, ainda que genericamente, no art. 5º, § 1º da CF, defende a necessidade da análise do caso concreto para

⁷⁶ § 1º do art. 5º da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**.” (g.n.)

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 58, ano 15, jan./mar. 2007.

⁷⁸ BARATA, Pedro Paulo Barradas. A Constituição e o Código Civil: reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2009.

⁷⁹ “Segundo a teoria dos efeitos indiretos o sopesamento deve ser realizado no âmbito da aplicação do direito civil vigente, a partir de um conceito de aplicação do direito que, em casos especiais, permita também decisões contra o texto da lei, mas não se excluem definitivamente resultados que sejam possíveis a partir das outras construções” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 532).

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 532.

⁸¹ Digo, de certa maneira, pelo fato de Ingo Sarlet também defender que a discussão acerca da aplicação direta ou indireta das normas constitucionais sobre as relações particulares se mostra desnecessário. Isto porque, para atividade de interpretação e aplicação do direito, no caso concreto, deverá o juiz basear-se na Constituição Federal, podendo aplicar a norma constitucional direta ou indiretamente, procurando aprimorar a otimização dos princípios. A aplicação direta ou indireta servirá, apenas, para melhor motivação da decisão judicial.

a verificação da medida dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pondera o referido Autor que:

[...] no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe sempre uma análise tópica-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, busca-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

Objeto de algumas críticas, a presente teoria é questionada em razão de três fatores principais: i) ausência de preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direito fundamental; b) limitação da força da autonomia privada inerente às relações privadas e; c) insegurança jurídica e violação aos princípios da democracia e da separação dos poderes.

Os defensores desta corrente, contudo, não negam a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em face da autonomia privada envolvida no caso concreto; eles defendem, na realidade, a tão só aplicação de uma norma já disciplinada, ainda que no âmbito constitucional, às relações entre particulares, devendo a autonomia privada e o direito fundamental serem sopesados na análise do caso concreto.

Não se trata de posição radical, com a total desconsideração da liberdade individual nas relações que envolvem particulares. O que se defende é a aplicação, pelo magistrado, da norma vigente de forma direta ao conflito a ele apresentado, limitando o poder subjetivo desta na interpretação dos preceitos violados.

Nosso Poder Judiciário não é unânime em adotar uma única teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em muitas decisões da Corte Superior percebe-se a aplicação, ainda que implícita⁸², dos princípios fundamentais nas relações entre particulares

⁸² Recentemente, entendeu a 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal pela condenação da Instituição de Ensino - Colégio Tiradentes Ltda. – ao pagamento de indenização a título de danos morais, por esta não se adequar às necessidades especiais de um aluno que possuía Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade. Segundo entendimento da Turma, é direito fundamental de toda criança receber educação adequada. Desta forma, “a criança acometida de doença capaz de dificultar o aprendizado possui o direito a um tratamento diferenciado, como forma de assegurar o pleno desenvolvimento de sua pessoa”, in verbis: “APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALUNO PORTADOR DE TDHA - TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE. EDUCAÇÃO DIFERENCIADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. LEI 8.078/90. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. CRITÉRIOS OBSERVADOS. MANUTENÇÃO.. PREJUÍZO MORAL. QUANTUM

de modo direto ou indiretamente, sem, contudo, especificar a adoção ou filiação a uma das correntes ora estudadas.

Julgado bastante discutido na doutrina brasileira, acerca da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, é o do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, sob a relatoria da ex-Ministra Ellen Gracie. Os autores da demanda judicial alegam terem sido excluídos da União Brasileira de Compositores – UBC (Ré), sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem lhes ser oportunizado o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Voto vencido, entendeu a Ministra Relatora que a exclusão dos sócios se deu em conformidade com o estatuto social da UBC e, tratando-se de uma relação privada, não há a aplicação do disposto no art. 5, LV da CF⁸³.

Divergindo da Min. Ellen Gracie, e sendo acompanhado pela maioria da Turma, Gilmar Mendes proferiu notório voto, em que elucida as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, reconhecendo a necessidade da aplicação direta do direito constitucional na relação particular existente.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, as penalidades impostas pela UBC ao sócio extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, seu direito de defesa. Assim sendo, conclui pela necessidade de se aplicar, *de forma direta*, as garantias

INDENIZATÓRIO. 1. A CRIANÇA ACOMETIDA DE TDHA - TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO, CAPAZ DE DIFICULTAR O SEU APRENDIZADO, POSSUI DIREITO A TRATAMENTO DIFERENCIADO NA ESCOLA, COMO FORMA DE ASSEGURAR O PLENO DESENVOLVIMENTO, COLOCANDO-A EM SITUAÇÃO DE IGUALDADE COM OS DEMAIS ALUNOS, DANDO EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 2. TENDO SIDO DEMONSTRADO O DESCUMPRIMENTO DO DEVER IMPOSTO À INSTITUIÇÃO DE ENSINO DE ASSEGURAR AO ALUNO TRATAMENTO DIFERENCIADO, CONFORME SUA PECULIAR CONDIÇÃO DE APRENDIZADO, FICA CARACTERIZADO O ATO ILÍCITO A ENSEJAR DANO MORAL. 3. TRATANDO-SE DE RELAÇÃO REGIDA PELA L. 8.078/90, SOMENTE A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU DE TERCEIROS TERIA O CONDÃO DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS, MAS, SENDO CERTO QUE A ESCOLA NÃO CUMPRIU O SEU DEVER, DEVE RESPONDER PELO PREJUÍZO CAUSADO. 4. A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVE SER FIXADA CONSIDERANDO A INTENSIDADE DO DANO, BEM COMO AS CONDIÇÕES DA VÍTIMA E DO RESPONSÁVEL, DE MODO A ATINGIR SUA DUPLA FUNÇÃO: REPARATÓRIA E PENALIZANTE. DE IGUAL MODO, NÃO PODE SER FONTE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 5. APELAÇÃO NÃO PROVIDA (TJDF, Apelação Cível n. 20090310066065, Relator Des. Arnaldo Camanho de Assis, 4a Turma Cível, julgado em 10.11.2011, DJ 19.12.2011, p. 96)

A decisão acima se mostra como um exemplo de eficácia direta dos direitos fundamentais em uma relação privada, posto existir um contrato (ainda que de adesão) entre o aluno e a instituição de ensino. No caso citado, o direito fundamental à educação, garantindo Constitucionalmente a toda criança, foi aplicado diretamente na relação particular existente entre as partes, sendo o colégio condenado por não atender às necessidades especiais do aluno matriculado.

⁸³ Segundo o voto da Min. Relatora, “Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso”.

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), *in verbis*:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE

201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Assim como o caso acima citado, inúmeros outros julgados da Corte Suprema ensinam-nos acerca da eficácia dos direitos fundamentais⁸⁴, demonstrando a importância do Poder Judiciário na utilização do denominado “imperativo de tutela”⁸⁵, criado por Canaris.

Sendo assim, para garantir a melhor aplicação do direito, quando diante de situações de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, deverá o aplicador da norma realizar a ponderação de dois bens jurídicos constitucionalmente garantidos, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, inerente aos direitos fundamentais; e a autonomia da vontade, princípio basilar das relações que envolve particular.

⁸⁴ Outros dois julgados emblemáticos, que merecem ser lembrados, são os acórdãos do RE 158215-4, sob a Relatora do Min. Marco Aurélio, e RE 161.243-6, sob relatoria do Min. Carlos Velloso. No primeiro caso, os recorrentes foram expulsos do quadro societário da Cooperativa Mista São Luiz Ltda. (recorrida), por deliberação da Assembleia Geral, sem lhe ser oportunizado o direito de defesa. Ainda que diante de um contrato social, que rege a relação entre os sócios e a cooperativa, entendeu o STF que a exclusão sumária dos recorrentes mostrou-se indevida, devendo ser aplicado na relação privada, de modo direto, o princípio fundamental da ampla defesa.

No segundo caso - RE 161.243-6, por sua vez, houve ofensa ao princípio da igualdade, previsto no art. 153, §1º da CF, posto que aos funcionários de uma mesma empresa, no entanto, de nacionalidade diferente, não foram aplicadas as mesmas regras estatutárias. Segundo a norma interna da empresa, o funcionário brasileiro não possuía os mesmos benefícios de um funcionário francês, não fazendo jus, desta maneira, ao correto recebimento do FGTS. Em razão da evitende violação ao princípio da isonomia, ainda que diante de uma relação privada, determinou a Segunda Turma do STF que a empresa aplicasse ao recorrente as mesmas condições dirigidas aos funcionários franceses, sem qualquer forma de discriminação.

⁸⁵ O *imperativo de tutela*, segundo Canaris, consiste na interpretação e desenvolvimento integrador do direito pelo judiciário. Diante da ausência de uma disciplina acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais, cabe ao judiciário estabelecer, no caso concreto, como a proteção desses direitos se dará.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Buscou-se, até o presente momento, estudar, ainda que de forma sucinta, como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não resta dúvida de que estes direitos, com força irradiadora de efeitos, atingem a esfera jurídica das relações que envolvem particulares. Contudo, essa aplicabilidade deve ser analisada em consonância com o princípio basilar do direito privado, a autonomia privada.

A CF/1988, ao abordar em seu texto certas relações consideradas eminentemente privadas, “gerou a preocupação dos juristas e aplicadores do Direito com o alcance deste tratamento constitucional nas relações jurídicas entre particulares⁸⁶”.

Direitos antes considerados exclusivos das relações civis, com cunho individualista e sem qualquer intervenção estatal, ganharam *status* constitucional, passando a ser interpretados pelos valores e princípios impostos pela Carta Maior.

Isso não quer dizer, como prega GUSTAVO TEPEDINO, que estamos constitucionalizando o direito civil no sentido de afastar por completo as regras privadas, mas se valendo de uma interpretação axiológica dos princípios constitucionais:

A adjetivação atribuída ao Direito Civil, que diz *constitucionalizado, socializado, despatrimonializado*, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessário e até errônea⁸⁷.

Podemos citar vários exemplos de relações privadas que foram alcançadas pelas normas constitucionais, como o direito de propriedade, as atividades econômicas, direitos obrigacionais e a própria organização familiar.

O presente trabalho dedicar-se-á, neste ponto da pesquisa, ao estudo do direito de propriedade que, considerado como um direito fundamental (art. 5º, XXII, CF), mantém, em certa proporção, sua característica individualista e patrimonialista.

Posteriormente, passar-se-á à análise do instituto dos contratos, verificando-se como o princípio da autonomia privada deve ser aplicado nas relações civis-constitucionais,

⁸⁶ COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado. In: LOTUFO, Renan. (Coord). *Direito Civil Constitucional: caderno 3*. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 67.

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revovar, 1999, p. 21.

em especial quando o objeto do negócio é a própria propriedade, dada em garantia em outra relação jurídica.

4.1 O Direito de Propriedade

O conceito de direito de propriedade não é o mesmo desde a sua origem. As codificações nacionais e internacionais demonstram que este direito se aprimorou conforme as exigências e evolução da sociedade.

Fazendo-se uma conexão com os tópicos precedentes, ao inserirmos a propriedade dentro das dimensões dos direitos fundamentais, perceberemos que, de uma visão individualista (1ª dimensão), passou-se a exigir da propriedade uma função social (2ª dimensão), que respeitasse os interesses da coletividade, como um bem-comum de todos.

O Código Civil de 1916, elaborado nos moldes de um Estado Liberal, assegurava “*ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua* [possuía]”. Tal visão absolutista garantia ao cidadão o exercício da propriedade de maneira mais ampla possível⁸⁸.

O atual diploma civil, em que pese apresentar redação muito semelhante ao do CC/1916, estabeleceu limites ao direito de propriedade, exigindo que ele fosse exercido “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (art. 1.228, §1º).

O caráter subjetivo da propriedade, mantido pelo CC/2002, consiste na relação jurídica complexa que se forma entre o titular do bem (proprietário) e a coletividade, não afastando, porém, o domínio do homem sobre seu bem, consubstanciado na faculdade deste de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto⁸⁹.

Vê-se, assim, a existência de uma dupla finalidade atribuída à propriedade, misturando-se direitos absolutos e sociais em um mesmo instituto legal.

Nesta linha de pensamento, EROS ROBERTO GRAU⁹⁰ atribui à propriedade duas funções, uma individual e outra social. A primeira, *função individual*, é aquela em que o

⁸⁸ Vale salientar que, ainda que se trate em um direito absoluto do indivíduo em usar, gozar e dispor da propriedade, o CC/1916 impunha certas limitações a este direito, como se percebe pela redação do art. 544 do referido diploma legal, em que a propriedade deveria ser exercida sem prejuízo ao direito de vizinhança.

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 168.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 234-238.

indivíduo busca, em sua propriedade, prover sua subsistência e de sua família. Já a *função social* estaria ligada aos fins, aos serviços e às funções exercidas por intermédio da propriedade.

Deste modo, o caráter absoluto inerente à propriedade, no sentido desta ser dotada de um direito de exclusividade sobre a coisa, é relativizado pela redação do §4º do art. 1.228 do Código Civil, podendo o proprietário perder o seu direito sobre o bem em razão de sua própria inércia.

Esse direito real, como melhor se analisará abaixo, sofre mudanças conforme as exigências sociais e econômicas da sociedade contemporânea, devendo se amoldar a cada período histórico e político da humanidade.

4.1.1 Codificação do direito de propriedade: evolução histórica

A propriedade privada, marcada pelo caráter individualista e absoluto do direito romano, foi objeto de apreciação em vários ordenamentos jurídicos. O Código Civil francês definia a propriedade, em seu art. 544, como um direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se fizesse uso proibido pelas leis e pelos regulamentos.

Nesta mesma vertente, o Código Civil italiano de 1865 seguiu os ditames do ordenamento napoleônico, não estabelecendo limites ao direito de propriedade. Mudanças foram percebidas, no entanto, com a vigência do Código Civil alemão, de 1900, que retirou o caráter absoluto do bem. O que se percebeu com o BGB foi a imposição de uma condicionante ao exercício de posse e propriedade do bem, punindo-se qualquer abuso no exercício desse direito que pudesse prejudicar terceiros.

A partir de então, até mesmo um direito fundamental, como a propriedade, passa a sofrer limitações, afastando-se, desta forma, de seu antigo caráter absoluto. Como afirmado por JOSÉ RODRIGUES ARIMATÉA, “a propriedade é um direito individual, mas nenhum direito individual é absoluto, comportando, portanto, limitações em favor do bem comum”⁹¹.

No direito brasileiro, a visão socializadora da propriedade apenas adquiriu força com a Constituição Federal de 1934. Antes dela, as constituições de 1824 e de 1891, seguidas

⁹¹ ARIMATÉA, José Rodrigues. *O Direito de Propriedade: limitações e restrições públicas*. Franca: Lemes & Cruz, 2003. p. 26.

pelo Código Civil de 1916, consagravam a propriedade como um direito individual inviolável, na linha do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Influenciada pelo ordenamento alemão, a Constituição Federal brasileira de 1934 passou a fixar limites quanto ao direito de propriedade, pregando, em seu art. 113, § 17, que “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

Desde então, a noção de propriedade passa a ter uma denotação também social, ainda que de modo incipiente, afastando-se, assim, da visão individualista que dominava as antigas sociedades.

Impossível se falar em função social da propriedade sem antes mencionar os ideais defendidos pelo francês LEÓN DUGUIT. A filosofia de DUGUIT afasta o caráter absoluto do direito de propriedade trazido pelo Código de Napoleão, defendendo o caráter social para a legitimação do poder de propriedade. O proprietário, desta maneira, deve exercer seu direito não com a finalidade única de atender seu interesse individual, mas em concomitância com uma finalidade social.

Pregou o jurista, portanto, que a propriedade privada não era mais um direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza em prol da sociedade.

Segundo ele,

Todo individuo tiene lá obligación en cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social de tenedor de la riqueza⁹².

A propriedade, assim, deve ser exercida de modo a crescer a riqueza social, cumprindo, via de consequência, certo dever social. O detentor da coisa (proprietário), socialmente inserido na coletividade, tem o dever de atribuir à propriedade uma função social, que observe os interesses de todos os membros desta sociedade.

No Brasil, foi com a Carta Maior de 1967, contudo, que se consagrou o princípio sob análise. O ordenamento pátrio finalmente ressaltou, entre os princípios fundamentais da

⁹² DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. de Esp. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920. p. 178.

ordem econômica e social⁹³, cuja finalidade é a de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, a “função social da propriedade”, mantida, *ipsis litteris* pela Constituição de 1969⁹⁴.

Sobre esta inovação principiológica, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁹⁵, escreveu que:

Isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do art. 160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade.

Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, é o marco das mudanças ocorridas no direito privado de propriedade. Conhecida como a Constituição Cidadã, erigiu a propriedade como um direito fundamental de todo cidadão brasileiro e dos estrangeiros residentes no país.

Acerca desta evolução história do direito de propriedade, ANDRÉ RAMOS TAVARES⁹⁶ aponta que “caminhou-se de uma concepção coletiva da propriedade, considerada como bem comum de todos, para a idéia de um direito individual e absoluto até se alcançar a concepção atual de que, embora assegurada individualmente, a propriedade deverá atender à sua função social”.

Atualmente, portanto, a propriedade deve ser analisada não apenas pela sua ideia original de “*proprius*”, ou seja, de particular, daquilo que é próprio do indivíduo, mas sim de maneira a integrar-se na sociedade exercendo uma função.

Conforme bem descrito pelo Prof. RENAN LOFUTO, “com a dicção mais clara da função social, as disposições relativas à propriedade no campo dos direitos individuais, do art.

⁹³ **Art. 160, III da CF/1967:** “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III- função social da propriedade”

⁹⁴ MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 75.

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 3, p. 166.

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 632.

5º, incisos XXII e XXIII, a par dos arts. 170, III, 182, §2º, e 186, vemos claramente o surgimento de novos contornos da propriedade”⁹⁷.

Em que pese a existência dessa nova roupagem inserida ao direito de propriedade, segundo ARRUDA ALVIM, ainda que diante da mudança da visão individualista para a social, o caráter absoluto da propriedade – no sentido desta ser dotada do atributo do direito à exclusividade – não é totalmente perdido, podendo, contudo, em determinadas situações, ser limitado⁹⁸.

Vê-se, pois, pela própria evolução do direito de propriedade, que o seu reconhecimento, e conservação como direito fundamental, exige do Estado uma conduta tendente a preservar os princípios da função social e da dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Direito fundamental à propriedade e a sua função social

O direito de propriedade, elevado ao grau de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, deixa de ser visto como um direito exclusivamente privado e individual, passando a ser disciplinado, também, em razão de sua função social (art. 5º, XXIII, CF: “*a propriedade atenderá a sua função social*”).

Os direitos fundamentais, considerados como “aqueles indispensáveis para que o ser humano possa atender a suas necessidades básicas, materiais, afetivas e espirituais, vivendo com dignidade e podendo realizar plenamente sua personalidade”⁹⁹, tem na propriedade a concretização de direitos individuais, econômicos e sociais.

A propriedade, servindo ao indivíduo e às necessidades sociais, deve ser protegida em suas duas vertentes: individual e socioeconômica. Segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES:

⁹⁷ LOTUFO, Renan. A função social da propriedade na jurisprudência brasileira. In. TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 340.

⁹⁸ Segundo o Prof. Arruda Alvim, “Historicamente, o caráter de direito absoluto era corregado de ideologia e ocupava um espaço mais dilargado, havendo uma sintonia entre o plano dogmático, do direito absoluto, e a base ideológica na qual essa feição se apoiava. Em nosso sentir, nem pela circunstância de ter-se alterado o *panorama valorativo* que serve de *pano de fundo* ao direito civil – passando-se do *individualismo* para uma *visão social* do direito em geral, do direito civil e do direito privado -, desde que nos encontremos diante de um direito real, este não haverá de deixar de ser considerado como um direito absoluto.

O que se afirmou, todavia, não significa ignorância em relação a essa mutação de valores. A noção de direito absoluto é a que explica que a propriedade é dotada do atributo do direito de exclusividade [...]” (ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo I. p. 274).

⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 28.

Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido, e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social¹⁰⁰.

Vê-se, claramente, a mudança de foco sobre a propriedade privada, harmonizando seu caráter individual e patrimonialista ao seu fim social, exigindo que este direito seja exercido de modo a atender determinada função dentro da sociedade¹⁰¹. Nos dizeres de EROS ROBERTO GRAU, “a propriedade continua a ser um direito subjetivo, porém com uma função social”¹⁰².

Nossa atual CF inseriu a propriedade também dentro dos princípios da ordem econômica (art. 170, II e III, CF), afirmando seu caráter fundamental no ordenamento pátrio. Conforme lecionado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, o constituinte, ao classificar a propriedade privada como um princípio da ordem econômica, relativizou seu conceito, uma vez que ela só se torna legítima enquanto cumpridora de uma função dirigida à justiça social¹⁰³⁻¹⁰⁴.

A ordem econômica constitucional tem por finalidade garantir a *existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170, CF/88). A expressão “existência digna” nos remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do sistema jurídico e basilar na orientação da vida em sociedade. Todo cidadão tem o direito a uma moradia decente e adequada para se viver com dignidade.

A função social da propriedade, neste viés econômico, visa garantir ao cidadão o direito de uma vida digna e, ao mesmo tempo, dar ao patrimônio uma destinação de cunho social, preocupada com o desenvolvimento de toda a comunidade.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 632.

¹⁰¹ Neste sentido, Maria Clara Mello Motta prega que “ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento adequado aos anseios sociais” (MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 77).

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 243.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 786.

¹⁰⁴ Não se mostra correto dizer, como muitos fazem que a propriedade apenas é protegida quando exerce uma função social. Tal interpretação compromete a proteção do direito fundamental descrito no art. 5º, XXII da CF. A função social da propriedade, também considerada como um direito fundamental (art. 5º, XXIII), na realidade, deve ser vista como um limitador ao direito de propriedade, mas nunca o excluindo ou o absorvendo.

Ao direito de propriedade, assim, devem ser somados vários critérios para a preservação e garantia constitucional, que vai desde o seu caráter basilar de individualidade (direito subjetivo), até seu conteúdo econômico e sociopolítico.

Inserida na ordem econômica constitucional, a propriedade deve exercer papel de produção de riquezas, mas este papel deve ser praticado de modo a harmonizar os interesses privados com os interesses públicos, ainda que ordenados pela intervenção estatal.

A propriedade exercerá a atividade econômica com fins sociais, e o “proprietário tem o seu comportamento e a sua livre iniciativa ajustados aos ditames normativos da Constituição, bem como ao conjunto de princípios que gravitam em torno de suas normas”¹⁰⁵. Ou seja, o domínio econômico que recai sobre o direito de propriedade vai além do enriquecimento pessoal, devendo ser focado no desenvolvimento econômico da sociedade global.

MARIA HELENA DINIZ, comentando a função econômico-social da propriedade, nos ensina que:

Há limitação ao direito de propriedade com o escopo de coibir abusos e impedir que seja exercido, acarretando prejuízo ao bem estar social. Com isso se possibilita o desempenho da função econômico-social da propriedade, preconizada constitucionalmente, criando condições para que ela seja economicamente útil e produtiva, atendendo ao desempenho econômico e aos reclames da justiça social. O direito de propriedade deve, ao ser exercido, conjugar os interesses do proprietário, da sociedade e do Estado, afastando o individualismo e o uso abusivo do domínio. Dever-se-á, então, preservar, observando-se normas especiais, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico e evitar quaisquer tipos de poluição. A propriedade está impregnada de socialidade e limitada pelo interesse público. O atendimento da função social da propriedade requer não só que seu uso seja efetivamente compatível com a destinação socioeconômica do bem, mas também que sua utilização respeite o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social e a utilidade de exploração. Deverá haver, portanto, uso efetivo e socialmente adequado da coisa¹⁰⁶.

De acordo com o pensamento de ROSAH RUSSOMANO¹⁰⁷, o princípio da função social da propriedade implica em comportamentos positivos por parte do proprietário¹⁰⁸, que

¹⁰⁵ ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998. p. 184.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.832.

¹⁰⁷ RUSSOMANO, Rosah. Função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, jul./set. 1985.

¹⁰⁸ Eros Rogerto Grau filia-se também a esta ideia. Segundo o Autor, “não é a coisa objeto da propriedade que tem uma função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 242).

não apenas tem o dever de não exercitar seu direito em detrimento de outrem, mas igualmente, e de modo correlato, o de exercitar aquele direito em favor da coletividade em geral.

A função social não representa um ônus para o proprietário, pois visa simplesmente fazer com que a propriedade seja posta a serviço do fim natural a que se destina¹⁰⁹.

Difícil se pensar, portanto, nos dias atuais, na propriedade privada desvinculada de sua função social. Todo e qualquer bem devem ser utilizados *em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais*, conforme determinado pelo ordenamento civil pátrio (art. 1228, §1º do CC/2002).

A propriedade voltada aos ideais socializadores, cumpre um novo papel na comunidade nacional e internacional, devendo o direito sobre esta ser exercido de modo a proteger a dignidade do homem e de todos os seus semelhantes.

4.1.3 A extensão da ideia de função social à posse

Ao se tratar em função social da propriedade, necessário se faz, ainda que de forma breve, tecer algumas considerações deste princípio no instituto da posse. Segundo JOEL DIAS FIGUEIRA JR.¹¹⁰, em comentário ao art. 1.196 do CC, coube às teorias sociológicas da posse a origem da função social da propriedade.

O ordenamento civil, utilizando-se da teoria objetiva de Jhering, considera a posse como uma situação fática que importa na sujeição do bem à pessoa que o possui. Trata-se da exteriorização do direito de propriedade.

A posse, contudo, deve ser estudada não apenas como uma situação de *fato*, de visibilidade da propriedade, mas também como um *direito*. Assim, o comportamento e o fazer do possuidor é tido como *fato*, enquanto que as consequências deste fato são consideradas *direito*.

Neste sentido, ARRUDA ALVIM descreve

¹⁰⁹ GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 669, jul. 1991.

¹¹⁰ FIGUEIRA JR, Joel Dias. Comentário aos arts. 1.196 a 1.224 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 977.

A idéia é de que a posse é um fato; porém, melhor explicada, deve levar a que, conquanto seja um fato, não é ela (apenas) *um fato*, no sentido de *nesse se esgotar*. Muito pelo contrário, à posse ligam-se consequências jurídicas de alta significação, e, ainda que se possa afirmar que ela é *fato*, as aludidas consequências são insuscetíveis de serem negadas¹¹¹.

Sendo assim, a posse, como fato, consubstancia-se na aparência do direito de propriedade, tendo o possuidor autonomia para exercer um dos poderes inerentes à propriedade. Como direito, produz efeitos jurídicos e é protegida por lei.

É, no entanto, este direito que deve ser acompanhado de uma função social. Semelhantemente à propriedade, a posse sobre a coisa deve ser exercida não apenas com a visão individualista de usar e gozar do bem, mas de forma limitada a uma função, que não despreze os interesses e direitos sociais dos demais.

ARRUDA ALVIM defende que a posse é um subproduto de uma das facetas da propriedade, desempenhando, em *ultima ratio*, uma função auxiliar da função social da propriedade¹¹².

O Código Civil, em seu art. 1.197, classifica a posse com base nos poderes de ingerência dos titulares sobre o bem, desdobrando o instituto em posse *direta* e posse *indireta*. “O possuidor *direto* será, *propriamente*, o possuidor com controle material sobre a coisa, ao passo que o possuidor *indireto*, de onde decorreu ou derivou a posse direta, resta qualificado, também, como possuidor”¹¹³.

A posse direta, portanto, será aquela efetivamente exercida pela pessoa do possuidor, distinta da figura do proprietário, podendo ele usar, gozar e reivindicar a coisa. Já a posse indireta, é exercida pelo dono do bem, que transfere ao possuidor o poder de fato sobre a coisa.

O proprietário, ao transferir direitos de domínio sobre a coisa ao possuidor, de certa maneira, preserva o princípio da função social da propriedade, fazendo com que a coisa possuída cumpra a sua finalidade, ainda que por terceira pessoa.

A função social, como ensinado por LUIZ EDSON FACHIN, está relacionada com o *uso* da propriedade¹¹⁴. Assim, para a manutenção da socialidade atribuída à propriedade, deve

¹¹¹ ALVIM, Arruda; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Coisas* (Arts. 1.196 a 1.224). Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo II, p. 26.

¹¹² ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo I, p. 275.

¹¹³ ALVIM; COUTO, op. cit., p. 34.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 17.

esta ser exercida, pelo proprietário ou pelo possuidor direto, de modo a servir ao bem da coletividade.

Ao possuidor direto, semelhantemente ao proprietário, foi atribuído o dever de exercer seu direito associado a uma função social. Desta maneira, o poder de domínio sobre o bem, exercido temporariamente pelo possuidor, não pode extrapolar limites sociais.

O fundamento da função social da posse, diferentemente do da propriedade, que consiste na limitação fixada no interesse público, revela-se como a “expressão natural da necessidade”¹¹⁵, devendo o bem ser utilizado em observância aos seus fins sociais e econômicos.

O *ius possessionis*, como projeção do direito de propriedade, também sofre limitações pelo direito moderno, devendo ser exercido de modo a preservar sua função social, respeitando direitos que se referem à coletividade.

A função social da posse (direta) e propriedade, consistente na conservação de uma finalidade à coisa, pode-se dizer que é expressa, além de tantos outros exemplos, por meio do bem de família. Como melhor se demonstrará no tópico 4.1.5, a intenção do legislador, ao proteger um bem pertencente ao núcleo familiar, foi exatamente o de resguardar o propósito de segurança e moradia inerente à propriedade.

A proteção ao bem de família, dada tanto pelo ordenamento civil quanto por lei especial, ao impossibilitar o credor de pleitear o imóvel residencial da entidade familiar ante o inadimplemento de uma obrigação, demonstra a importância e a incidência da função social deste bem, indo contra, até mesmo, à relação negocial firmada entre as partes, formada mediante o princípio da autonomia privada.

4.1.4 O conflito entre o direito de propriedade e o da posse por meio da leitura dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil

O Código Civil vigente, por meio dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, trouxe mais uma forma de limitação ao direito de propriedade. O citado §4º disciplina a possibilidade de expropriação do bem em observância à função social da posse.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 19-20.

Assim, poderá o proprietário ser privado da coisa e das ações que o protegem, mediante o recebimento de valor pecuniário, se o imóvel por ele reivindicado: *i)* consistir em extensa área; *ii)* na posse ininterrupta e de boa-fé; *iii)* por mais de cinco anos; *iv)* de considerável número de pessoas (terceiros); *v)* e estas houverem realizado, nesse imóvel, obras ou serviços de interesse social relevante, assim considerados pelo juiz¹¹⁶.

Não se está diante de uma nova forma de desapropriação, mas da denominada *alienação compulsória*. Segundo FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO, essa perda da propriedade consiste na “alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, que preencha determinados requisitos previstos pelo legislador”¹¹⁷.

O que se percebe pela leitura dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do CC é a prevalência da função social da posse em detrimento do direito do proprietário que abandonou, por extenso período, seu patrimônio.

Como dito anteriormente, a propriedade deve ser protegida constitucionalmente, como um direito fundamental, mas, em determinadas situações, sofrerá limitações quando do não desempenho de uma função social.

Para TEORI ALBINO ZAVASCKI, a função social da propriedade está relacionada à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, sendo que a força normativa ocorrerá independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário¹¹⁸.

Desta forma, a coisa precisa ter uma finalidade, não podendo o proprietário manter-se inerte diante de seu bem, sem lhe empregar qualquer destinação específica. Caso assim o faça, cabe ao princípio da função social da posse proteger o possuidor, bem como passar a titularidade deste bem em mãos de um proprietário útil e operoso¹¹⁹.

¹¹⁶ ALVIM, Arruda; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Coisas* (Arts. 1.196 a 1.224). Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo II, p. 341.

¹¹⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentário aos Arts. 1.196 a 1.510: Coisas. In: PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 4. ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 1203.

¹¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 844.

¹¹⁹ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo I, p. 347.

Foi exatamente esse o pensamento empregado nos acórdãos do notório caso da “Favela Pullman”, julgado no ano de 1994, pela 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Recurso de Apelação Cível n. 212.726-1-4¹²⁰ e do julgamento do Recurso Especial n. 75.659/SP¹²¹ pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior¹²².

Tendo o julgamento ocorrido anteriormente à vigência do atual Código Civil, a decisão do TJSP foi motivada com base no art. 5º, XXIII da CF, sendo o dispositivo constitucional aplicado de forma direta na relação privada existente.

No caso ora em comento, os autores da demanda adquiriram, no ano de 1978 e 1979, nove lotes de terrenos inseridos em loteamento criado em 1955. Contudo, indigitado loteamento restou abandonado por mais de 20 anos, jamais saindo do papel. Logo após sua criação, iniciou-se a favelização do local, sendo alí moldada uma estrutura urbana, totalmente indiferente ao plano original do loteamento, com instalação de luz, água, calçamento e demais infraestruturas.

Quando da reivindicação dos terrenos, a favela encontrava-se totalmente consolidada, residindo na propriedade dos autores cerca de 30 famílias, totalizando mais de 100 pessoas na localidade pleiteada.

Seguindo a decisão proferida pelo acórdão do TJSP, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo perecimento do direito de propriedade dos autores, uma vez que a coisa tornou-se fictícia, perdendo sua identidade e seu valor econômico, *in verbis*:

¹²⁰ Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso antissocial da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito (TJSP, Apel. Cível n. 212.726-1-4, Rel. Des. José Osório, 8ª Câmara, julgado em 16.12.1994).

¹²¹ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. RE-EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 75659/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 344).

¹²² Em que pese não ter sido o Recurso Especial conhecido, o voto do Ministro Relator foi ao encontro com o voto proferido pelo Desembargador Relator do TJSP, reconhecendo o abandono do imóvel pelo proprietário, atribuindo aos possuidores o direito de se tornarem legítimos proprietários dos lotes de terras favelizados.

Assim, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, resultado do abandono, aliás desde a criação do loteamento. Nesse prisma, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, tem-se, indubitavelmente, que o caso é, mesmo, de perecimento do direito de propriedade.

Em que pese persistir o direito previsto no art. 524 do antigo CC (direito do proprietário de usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa), os acórdãos que analisaram o caso entenderam que o *jus reivindicandi* restou neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade, posto que a retirada dos possuidores mostrava-se ainda mais prejudicial ao interesse social¹²³.

Não sendo configurado um caso de usucapião urbano, restou aos autores da demanda, e proprietários dos lotes reivindicados, apenas o direito a uma justa indenização, paga por quem de direito.

O emblemático caso da “Favela Pullman” evidencia a aplicação direta da norma constitucional sobre uma relação privada (teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de direito privado).

A lide não foi solucionada por meio do direito infraconstitucional, mas mediante a ponderação de dois princípios fundamentais em choque: o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF), sendo que este último prevaleceu sobre o primeiro.

ARRUDA ALVIM, analisando os acórdãos do TJSP e STJ, conclui que “acabou-se protegendo a *posse*, reconhecendo na situação uma *função social da posse*, potencialmente tendente a vir a realizar a *função social da propriedade*, e, correlatamente, não se reconheceu no proprietário desempenho em relação à sua propriedade compatível com a *função social da propriedade*”¹²⁴.

¹²³ Segundo trecho do voto do ilustre jurista: “Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel”.

¹²⁴ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo I, p. 366.

Em acórdão mais recente, porém, seguindo a linha de fundamentação ora exposta, foi o julgamento da Apelação Cível n. 9172942-51, da 6ª Câmara do TJSP, sob a relatoria do Desembargador José Percival Albano Nogueira Júnior¹²⁵.

Neste caso, ocorreu o conflito de dois interesses: “de um lado, o direito de propriedade ostentado pelo apelante; de outro, os princípios que regem a função social da propriedade”.

O bem reivindicado, quando adquirido pelo apelante, já apresentava um núcleo habitacional em desenvolvimento, o que lhe impossibilitou de tomar posse do imóvel. Sobre a propriedade do apelante residiam centenas de pessoas, muitas de modo clandestino, com posse injusta e sem boa-fé.

Para a solução da lide, contudo, valeu-se o TJSP das regras dos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, entendendo que a alienação compulsória do bem se mostrava como a melhor solução para o caso, sendo esta a medida que melhor atendia aos interesses das partes envolvidas na demanda judicial.

Assim, ao proprietário restou o direito de receber uma justa indenização pela “venda” do bem aos possuidores, sendo o pagamento do preço fixado condição necessária para o registro e transferência da propriedade.

Por mais uma vez denota-se a prevalência da função social da posse (e consequente função social da propriedade), em detrimento do direito de propriedade. O apelante mostrou-se como legítimo proprietário da coisa reivindicada, mas tal direito conflitava-se com o direito possessório dos supostos “invasores”.

O direito de propriedade sofreu limitações e ingerências do princípio da função social da propriedade, sendo o dono da coisa privado de seu imóvel em razão do interesse social e econômico existente no caso concreto.

¹²⁵ REIVINDICATORIA - Ocupação de área urbana - Posse clandestina - Domínio da autora comprovado - Improcedência do pedido fundamentada no abandono, a caracterizar a perda da função social da propriedade - Inocorrência - Ação ajuizada meses após o registro do imóvel? Direito do proprietário em reaver o bem que desponta, nos termos da Lei Civil, independente da existência de obras no local - Conquanto o direito de propriedade tenha por limite o cumprimento de direitos e deveres, a condição de proprietário é plena, e qualquer limitação ou restrição deve ser excepcional no atendimento a interesses maiores - Ocupação na clandestinidade - A posse clandestina é precária - Não se cogita boa-fé na posse contrária ao direito - Peculiaridades do caso "sub examinem" que reclama solução diversa - Ocupação iniciada em 1.989 - Feito sentenciado há quase 11 anos, oportunidade em que mais de 100 famílias estavam ocupando o local - Dificuldade da área retornar ao 'status quo ante'- Desvalorização do imóvel incontestado, que impedirá à detentora do domínio emprestar-lhe destinação específica - Aplicação da alienação compulsória, prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do CC, que melhor atende aos interesses das partes - Recurso parcialmente provido, impondo-se a sucumbência recíproca (TJSP, Apelação Cível n. 9172942-51, 6ª Câmara, Rel. Des. José Percival Albano Nogueira Júnior, julgado em 20.10.2011).

A mesma solução não foi dada ao caso que atualmente encontra-se na mídia, referente à desapropriação da denominada “Favela Pinheirinho”, conforme se verifica pela decisão proferida nos autos nº 2526/2005, da 6ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos.

A Massa Falida Selecta Comércio e Indústria S.A ingressou com ação de reintegração de posse contra os invasores de seu terreno, localizado na cidade de São José dos Campos, Estado de São Paulo. Na época dos fatos, foi concedida liminar determinando a desocupação do imóvel pelas famílias, providência essa não cumprida em razão de recursos em andamento. Reiterada, por várias vezes, a determinação de cumprimento da reintegração da posse, a medida apenas foi cumprida, após o julgamento de todas as insurgências pelas Instâncias Superiores, em julho de 2011, com determinação da Juíza Márcia Faria Mathey Loureiro.

A discussão também girou em torno do embate entre o direito de propriedade e o direito à moradia. Porém, diferentemente dos casos acima, o proprietário do imóvel ocupado não se quedou inerte, pleiteando, dentro do prazo legal, a desocupação do bem. Todavia, a demora na concretização da medida, de mais de sete anos, fez com que a comunidade de “Pinheirinho” crescesse, e a situação gerasse comoção social.

Analisando os princípios em choque, diz a Magistrada que:

De um lado, figura a **Massa Falida** como proprietário, socorrendo-se do judiciário por ver violado um direito constitucional seu, qual seja, o **direito de propriedade** e os aspectos dele decorrentes como a **posse**, esbulhada pelos requeridos. De outro, os **esbulhadores, ligados ao Movimento dos Sem Teto**, que imploram pelo **direito constitucional de moradia**, porém, que querem ver declarado à custa da propriedade particular da autora.

Não há que se negar o problema social enfrentado pelas cidades brasileiras em relação ao direito social à moradia. Contudo, tal direito deve ser prestado e garantido pelo próprio Estado. O particular, que exerceu seu direito fundamental de propriedade dentro dos prazos legais, não pode ser obrigado a dispor de seus bens para cumprir uma função do Estado.

Não houve, neste caso, a configuração da situação imposta pelo § 4º do art. 1.228 do CC, o que poderia justificar, de forma correta, a manutenção das famílias no local invadido. Porém, a comoção social que o caso provocou levou inúmeros juristas a criticarem a decisão da juíza da 6ª Vara Cível de São José dos Campos - SP, sob a alegação de violação da dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia.

O direito de propriedade, como defendido até aqui, também merece proteção, posto ser considerado como um direito fundamental pelo art. 5º, XXII da CF. Cada caso concreto determinará a aplicação e a medida da limitação por ele sofrida em razão do princípio da função social. Assim, o princípio da função social da propriedade deve ser utilizado como um limitador do direito de propriedade, e não como um inibidor, preservando, com isso, a ordem social na coletividade.

4.1.5 A propriedade como um bem inviolável da família

A inviolabilidade da propriedade privada veio a ser disciplinada no século XVIII, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, como um direito fundamental. Segundo o art. 17º dessa Carta, “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

O direito de propriedade, portanto, deve ser protegido com o fim de garantir uma vida digna àqueles que desfrutam do bem, concedendo, especialmente às famílias, um porto seguro para o crescimento e desenvolvimento do lar.

Na Carta Encíclica Papal de João XXIII - *Mater et Magistra*, a propriedade privada “constitui proteção e incremento da família”¹²⁶. Segundo o ensinamento cristão

[...] a propriedade privada dos bens materiais deve ser considerada como ‘espaço vital da família; isto é, meio apto para assegurar ao pai de família a sua liberdade de que necessita para poder cumprir os deveres que lhe foram impostos pelo Criador, para o bem-estar físico, espiritual e religioso dos seus’ (45).

Vê-se, assim, que a propriedade ultrapassa o seu caráter socioeconômico. Além do direito subjetivo e da função social inerente à propriedade, deve esta fornecer ao proprietário um ambiente harmônico e seguro para a construção e desenvolvimento de sua família.

Com este viés protetor, a Constituição Federal de 1988 enquadrou a propriedade privada como um direito fundamental inviolável, “escudando o ser humano em seu lar, para que não seja este invadido por interesses externos”¹²⁷.

¹²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 36. ed. rev. atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.

O legislador brasileiro, preocupado com a valorização da moradia familiar, instituiu o denominado *bem de família*, em que se é possível proteger o direito de propriedade ainda que diante de dívidas decorrentes de inadimplemento da obrigação assumida.

O Código Civil de 2002 considera o bem de família como

[...] instituto que pode resultar da manifestação de vontade, expressa em escritura pública ou testamento, pela qual os cônjuges ou entidade familiar destinam um imóvel para domicílio familiar, imóvel este que não deve ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1.711, *caput*)¹²⁸.

Com origem no direito norte-americano, mais especificamente na antiga República do Texas¹²⁹, a criação do bem de família tem por principal escopo a proteção da propriedade privada familiar contra possíveis execuções por dívida.

O instituto do bem de família fora, primeiramente, disciplinado pelo Código Civil brasileiro de 1916 (arts. 70 a 73), autorizando o legislador infraconstitucional que o chefe de família destinasse um prédio para domicílio de seus entes, ficando estes a salvo de eventual credor.

Com o mesmo intuito protetivo, o ordenamento civil atual regulamentou a matéria no âmbito do Direito de Família (arts. 1.711 a 1.722). Contudo, a previsão legal hodierna mostra-se mais abrangente, considerando bem de família não apenas o imóvel predial, mas também suas pertencas e acessórios¹³⁰.

Ao bem de família foi atribuído o caráter de inalienabilidade e impenhorabilidade, com o fim de salvaguardar a família que nele resida, evitando-se, assim, que filhos e cônjuges fiquem desabrigados em razão de eventuais condutas temerárias de um dos membros da família.

¹²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do Bem de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241.

¹²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: Direito de Família*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 611.

¹²⁹ Sílvio de Salvo Venosa, ensinando a origem histórica do bem de família, disciplina que o instituto teve sua primeira previsão legal nos Estados Unidos, por meio do *homestead*. Segundo o Autor, “o governo da então República do Texas, com o objetivo de fixar famílias em suas vastas regiões, promulgou o *Homestead Exemption Act*, de 1839, garantindo a cada cidadão determinada área de terras, isentas de penhora”. A referida medida obteve resultados positivos, sendo copiada pelos demais Estados norte-americanos e pelos países estrangeiros, como o Brasil (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1553).

¹³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, p. 405.

LUIZ EDSON FACHIN¹³¹ defende a existência de um *patrimônio mínimo* ao cidadão, disciplinando que o direito de propriedade vai além da mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, existindo, para além disso, a imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.

A proteção do bem de família persistirá até que ambos os cônjuges ou companheiros venham a falecer ou, na falta destes, até que seus filhos completem a maioria, momento em que este bem atingirá plenamente sua função social, com a efetiva garantia de uma convivência familiar digna.

Pelas normas do Código Civil, o bem de família será constituído pela manifestação de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, sem qualquer intervenção do Estado. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO denomina o aludido bem de família de *voluntário*, por nascer exclusivamente da iniciativa privada¹³².

Diferentemente do Código Civil, a Lei 8.009/90 estabeleceu outra forma de proteger o bem de família, instituindo o denominado bem de família *legal*, reservando, finalmente, ao Estado o dever de proteção da célula família.

4.1.6 Da impenhorabilidade do bem de família

Diversamente do Código Civil brasileiro, a Lei nº 8.009/1990 regulamenta o bem de família como uma imposição legal, forçando o Estado, como guardião dos direitos fundamentais, a preservar o mínimo necessário à sobrevivência da família.

O bem de família, nos moldes da referida lei, “é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal”¹³³. Não é necessária, assim, a manifestação de vontade do proprietário, na individualização de um bem específico, para configuração deste como de família.

Ao analisar as diferenças entre o bem de família disciplinado no ordenamento civil e na lei ordinária, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO descreve que:

¹³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1.

¹³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do Bem de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241.

¹³³ Id. *Bem de Família*: com comentários à Lei n. 8.009/90. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

No Código Civil, o bem de família é imóvel, como o cogitado no art. 1.º sob exame, somente que, naquele, a instituição depende de iniciativa de seu proprietário, por isso que é voluntário, e do cumprimento de uma série enorme de formalidades, com os inconvenientes até aqui mostrados; neste, a constituição do bem de família é imediata e *ex leges*, desde que ocorram as hipóteses previstas no dispositivo de emergência, incluídos, ainda, bens móveis.

Ressalte-se, neste passo, que o novo bem de família ora cogitado é criado por norma de ordem pública, cuja arguição deve ser apreciada e decidida, realizando-se, quando for necessário, prova para demonstrar os requisitos protetores desse instituto jurídico. A nulidade absoluta pode ser invocada a qualquer tempo e decidida¹³⁴.

A despeito das diferenças entre o bem de família trazido pelo Código Civil e pela Lei nº 8.009/90, esta não revogou o instituto regulado por aquele. Ambas as modalidades coexistem no ordenamento pátrio e, “embora com princípios semelhantes, apresentam requisitos diferentes e acarretam efeitos diversos”¹³⁵.

O bem de família disciplinado pelo Código Civil, por exemplo, além de impenhorável, mostra-se inalienável, por força do art. 1.717. Tal regra, decorrente já do CC/1916, não foi seguida pela lei especial que regulamenta a matéria. Segundo a Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade do bem não implica na sua inalienabilidade, sendo facultada ao titular do imóvel a disponibilidade da propriedade¹³⁶.

O intuito primordial da lei, ao criar a figura do bem de família, foi o de proteger e garantir o direito de habitação dos membros de uma unidade familiar, ainda mais diante de um período de crise econômica e total insegurança financeira como se presenciou nos primórdios dos anos 90¹³⁷.

O direito social à moradia, constitucionalmente garantido, busca ofertar um ambiente digno e saudável para o bem-estar da entidade familiar. Trata-se de um direito essencial que deve ser garantido pelo Estado, representando não apenas o espaço físico da residência, mas também o local protetor da integralidade física e moral dos que ali habitam.

¹³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei n. 8.009/90*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 168.

¹³⁵ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1555.

¹³⁷ Segundo Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, “ainda que incompleta e deficiente, a Lei 8.009/90 surgiu num período em que se mostrava de essencial importância limitar o exercício de direitos particulares e valorizar a moradia familiar em prol da justiça social, sobretudo diante da imprevisibilidade da economia de nosso país, comprometendo consideravelmente o setor habitacional” (VASCONCELOS, op. cit., p. 45).

Exatamente em razão desta imagem protetiva e de dignidade que se emprega ao bem de família, preservando-se não apenas o direito de propriedade, mas também o de moradia, é que se determinou a sua impenhorabilidade.

Contudo, essa impenhorabilidade do bem de família acaba por chocar-se com o princípio da livre negociação patrimonial. Está se, pois, diante de dois interesses conflitantes. De um lado, a preservação de um ambiente seguro no seio familiar e, de outro, o direito econômico inerente à propriedade.

O patrimônio do indivíduo é uma das formas de assegurar ao credor da obrigação que, se esta não vier a ser cumprida, estará respaldada no bem material. Nas lições de YUSSEF SAID CAHALI, “o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, ou mais precisamente, no patrimônio do devedor encontra-se a garantia dos credores, na medida em que tal patrimônio responde pelas obrigações assumidas pelo seu titular, em caso de inadimplemento voluntário”¹³⁸.

A impossibilidade de penhora sobre a propriedade onde o grupo familiar reside é de extrema importância na garantia da dignidade da pessoa humana, mas deve ser tutelada de modo a evitar fraudes daqueles que se utilizam deste direito para burlar obrigações contraídas.

Até mesmo em razão dessas situações irregulares que possam vir a surgir, o Legislador criou exceções ao princípio da impenhorabilidade do bem de família. Segundo o art. 3º da Lei nº 8.009/1990, a impenhorabilidade da propriedade não será oponível em processo judicial movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III - pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Vê-se, assim, que se está diante de um embate entre direitos. De um lado temos o direito de propriedade e de moradia assegurados pela ordem constitucional e, de outro, o princípio da autonomia privada, inerente a toda a relação negocial, que pode vir a ser desrespeitado quando o bem dado em garantia for considerado como impenhorável.

¹³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 20.

Neste momento, remetemo-nos ao início de nosso estudo, quando da análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A livre iniciativa e negociabilidade da propriedade privada entre particulares podem sofrer intervenções da norma constitucional, sendo que este direito, originariamente privado, pode ter sua aplicabilidade sujeita à análise da eficácia do direito fundamental à moradia.

Necessário, assim, verificar como se dará a eficácia deste direito fundamental nas relações interprivadas, ou seja, se haverá aplicabilidade mediata ou imediata da norma constitucional. Para a resposta dessa indagação, importante que se faça uma análise do caso concreto, sopesando as normas conflitantes, concluindo-se pela situação de precedência.

Para tanto, vale a pena tecer algumas considerações acerca destas normas em choque, quais sejam, o direito constitucional à moradia e o princípio da autonomia privada.

4.2 Princípio Fundamental do Direito Privado: Autonomia Privada

O direito constitucional à moradia, atribuído à propriedade destinada à residência da entidade familiar, acaba, de certa forma, limitando as relações particulares regidas pelo ordenamento civil.

Essa restrição traz reflexos, principalmente, nas negociações bilaterais, em que as partes possuem autonomia para estabelecer tratativas entre si. EMÍLIO BETTI define autonomia com propriedade¹³⁹, dizendo que:

A autonomia – como autoridade, e como *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo próprio titular deles – pode ser reconhecida pela ordem jurídica estadual com duas funções distintas e diversas: a) Pode ser reconhecida como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica, que a reconhece, precisamente, como fonte de direito subordinada e dependente; b) Pode ser, além disso, reconhecida como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica¹⁴⁰.

¹³⁹ Vale citar, também, a conceituação de autonomia formulada por Enzo Roppo. Segundo o Autor italiano, autonomia entende-se, etimologicamente, como sendo o poder de modelar por si, sem imposição externa, as regras da sua própria conduta (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128).

¹⁴⁰ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008. p. 80-81.

Segundo o Autor italiano, apenas a segunda hipótese ('b') se caracteriza como *autonomia privada*¹⁴¹, reconhecida pelo ordenamento jurídico como “atividade e *potesta*, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares”¹⁴².

É exatamente quanto a esta função da autonomia que se volta o presente estudo. A autonomia privada é considerada como o princípio basilar do direito privado, que possui sua maior expressão no Direito Civil.

Por intermédio da autonomia privada, os particulares são capazes de autogerir seus interesses, criando, deste modo, vínculos negociais que ganham força jurídica entre os envolvidos e, em certos casos, até mesmo, entre terceiros.

Segundo PIETRO PERLINGIERI, “pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamento – em qualquer medida – livremente assumidos”¹⁴³.

Trata-se de princípio de extrema importância nas relações civis, visto que é por meio dele que os particulares podem, livremente, estabelecer condutas e compromissos entre si, determinando as diretrizes que julguem mais convenientes.

A autonomia privada, ao contrário do defendido por alguns autores, não se confunde com a autonomia da vontade. LUIGI FERRI escreve que, à primeira vista, as duas expressões podem parecer sinônimas, mas não são:

Aqueles que falam de autonomia da vontade, na realidade, menosprezam o problema da autonomia privada (problema que, visto deste ângulo subjetivo, se identifica, como veremos a seguir, com a busca de fundamentação do poder conferido aos indivíduos através da criação de normas legais) e dão relevo à vontade real ou psicológica do sujeito que, segundo sua perspectiva, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos, em oposição àqueles que, ao contrário veem antes na declaração ou na manifestação de vontade, como fato objetivo, ou na lei, a fonte dos mesmos efeitos jurídicos¹⁴⁴.

¹⁴¹ Sobre a competência para criar normas jurídicas, que é atribuída à autonomia na primeira função (item a), disciplina Betti que esta “serve para conferir a quem dela está investido, a posição constitucional de órgão com poderes normativos no âmbito da ordem jurídica que a reconhece [...]. Mas não se trata, nesse caso, de autonomia privada. Na medida em que é reconhecida pela ordem jurídica, ela não é chamada a criar, e nem sequer a integrar, qualquer norma jurídica, mas a realizar a hipótese de fato de uma norma já existente, dando vida, entre particulares, àquela relação jurídica que essa norma estabelece” (BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 83).

¹⁴² *Ibid.*, p. 81.

¹⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

¹⁴⁴ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 3

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, interpretando a visão de Ferri, escreve que “a ideia de autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos”.

A autonomia da vontade possui conotação subjetiva, permitindo que os indivíduos exteriorizem seus interesses na formação negocial. Trata-se, portanto, de elemento relacionado ao psicológico do indivíduo, como manifestação do estado de espírito do sujeito. A autonomia privada, por sua vez, vai além, permitindo a criação de regras de condutas entre particulares com valor normativo.

Para ENZO ROPPO, autonomia privada significa a “liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio”¹⁴⁵.

Em que pese o princípio da autonomia privada, ganhar maior destaque quando da análise das relações econômicas, também possui ele incidência nas relações extrapatrimoniais. Segundo GIOVANNI ETORE NANNI, “a autonomia privada não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e que seja possível manifestar-se a autonomia da pessoa”¹⁴⁶. Assim, no Direito de Família, por exemplo, a autonomia privada é percebida na celebração, pelos cônjuges, dos pactos antinupciais. No Direito de Sucessões, por sua vez, indigitado princípio faz parte do poder do testador em estabelecer normas sobre a destinação do seu patrimônio. Inúmeros outros casos podem ser citados, indicando, até mesmo, a possibilidade de disposição de material genético ou doação de órgãos, situações que também serão regidas pelo princípio da autonomia privada.

Porém, é o caráter econômico da autonomia privada que possui expressão relevante no direito. O aspecto econômico do princípio, demonstrado por meio da livre iniciativa, é que possui maior relevo nos estudos jurídicos. Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988 considera a livre iniciativa como um princípio da ordem econômica (art. 170), elevando-a, ainda, a princípio fundamental, nos termos do art. 1º, IV de seu texto legal.

¹⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128.

¹⁴⁶ NANNI, Giovanni Eto. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 262.

Desta maneira, a livre iniciativa privada autoriza os indivíduos a regerem seus próprios interesses também no âmbito econômico, exercendo livremente uma atividade econômica expressada, primordialmente, por meio dos negócios jurídicos bilaterais.

Seguindo essa ideia, J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ disciplina que

O princípio da livre-iniciativa econômica encontra seu fundamento último na própria idéia de pessoa e no respeito de seus direitos fundamentais. Portanto, é um princípio que é reflexo, no campo econômico, dos princípios da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Com o reconhecimento da livre-iniciativa econômica se garante aos indivíduos um poder de autogoverno, dirigido a fornecer-lhes um instrumento que permita alcançar os próprios fins e interesses pessoais no campo econômico. Supõe, portanto, um poder de auto-regulamentação das próprias relações jurídicas denominado pela doutrina 'autonomia' ou 'autonomia da vontade'¹⁴⁷.

O princípio da livre-iniciativa ganha maior expressão e efetividade por meio dos contratos, e, a partir daí, vislumbra-se a vinculação desse princípio constitucional ao princípio da autonomia privada.

A autonomia privada, portanto, rege toda relação bilateral, sendo essencial para a liberdade contratual (consistente na elaboração das cláusulas e condições do contrato) e a liberdade de contratar (manifestação de vontade para se contratar e com quem). Uma vez formulado um contrato, desde que em observância à ordem pública e aos bons costumes, devem as partes cumpri-lo, à luz da boa-fé contratual e da livre manifestação de vontade exercida durante a pactuação.

O negócio, portanto, deve ser concluído conforme as partes reciprocamente se comprometeram, preservando, com isso, o princípio da autonomia privada que rege a relação particular existente, atingindo seus efeitos jurídicos correspondentes.

Diferente não poderia ser nos contratos de locação, que abaixo se analisarão. Nesta espécie de contrato, as partes são livres para negociar, sendo essencial a busca do equilíbrio dos interesses do locador e do locatário. O direito de ambos deve ser preservado, não podendo nenhuma das partes sofrer prejuízos em razão da má-fé da outra.

¹⁴⁷ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In. NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. v. II, p. 247.

4.2.1 Contrato de locação

O contrato, como exposto acima, consiste no negócio jurídico bilateral, em que as partes, com base no princípio da autonomia privada, são livres para estabelecer obrigações mútuas.

A criação do contrato se dá por meio do encontro de duas declarações convergentes de vontade, emitidas, segundo ORLANDO GOMES, “no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação patrimonial de convivência mútua”¹⁴⁸.

No Estado Liberal, acreditava-se que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, pois se pressupunha que as tratativas teriam sido feitas em comum acordo. Em razão disso, dizia-se que o contrato constituía “lei entre as partes” (famoso brocardo *pacta sunt servanda*).

Como é cediço, esta visão liberal perdeu força diante dos ideais socializadores, exigindo-se, para maior segurança contratual, a intervenção do Estado na vida econômica. Tal intervenção, em que o Estado dita normas e impõe o conteúdo de certos contratos, atribuiu uma limitação legal na liberdade de contratar, encolhendo a esfera da autonomia privada.

A partir de então, passa o contrato a ser visto em um novo contexto: a) deixa de ser simplesmente expressão da *autonomia privada*; b) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes¹⁴⁹.

Em que pese se falar na limitação da aplicação do princípio da autonomia privada, este continua a ser o motor das relações negociais, posto ser por meio dele que as partes estão aptas a autogerir seus interesses. No entanto, uma vez que o contrato é considerado importante mecanismo para o desenvolvimento da vida econômica da sociedade, fundamental se mostra a intervenção estatal, para a regulamentação da matéria.

Para ORLANDO GOMES, “a função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica”. Desta forma, segundo o citado Autor, apenas os contratos que possuam uma função econômica e social serão reconhecidos como úteis.

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

Esta função econômica e social dos contratos é facilmente vislumbrada na locação, objeto de análise no presente trabalho, sendo o requisito utilidade reconhecido em razão do direito de moradia decorrente da locação; e a função econômica configurada por ser a locação uma importante fonte de renda na economia nacional.

O contrato de locação que ora se refere é o de coisas (*locatio rerum*), não sendo relevante, para o presente trabalho, a discussão acerca da *locatio operarum* (prestação de serviços) e *locatio operis* (empreitada).

O contrato de locação consiste, na definição elaborada por VERA HELENA DE MELLO FRANCO, em um “contrato consensual, oneroso (do contrário, seria comodato), bilateral, comutativo, em princípio não-solene e de execução sucessiva, em que o locador cede à outra parte, o locatário, o uso e gozo de bem infungível (móvel ou imóvel) por certo prazo, determinado ou não, mediante o pagamento de um preço, que tem o nome de aluguel”¹⁵⁰.

Desta conceituação, retirar-se-ão as principais características do contrato de locação. Trata-se de um contrato *consensual*, consumando-se independentemente da entrega da coisa; *oneroso*, importando vantagens e sacrifícios para as partes; *bilateral* e *comutativo*, exigindo obrigações recíprocas de ambos os contratantes; *não solene*, inexigindo a lei forma especial – e de *duração*, sendo imprescindível o decurso do tempo.

O contrato de locação de coisas vem disciplinado pelos arts. 565 ao 578 do Código Civil, prevendo o primeiro que “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

O ordenamento civil, no entanto, regulamenta a locação tanto de coisas móveis como imóveis. Interessa-nos, porém, o estudo dos bens imóveis urbanos que, pela sua relevância, passaram a ser disciplinados por lei especial, qual seja, Lei nº 8.245/1991.

Explica SÍLVIO DE SALVO VENOSA que “a atual lei inquilinária é fruto da relação difícil, que perdura por muitas décadas, entre locatários e proprietários, decorrente da problemática da moradia em geral. Havia desequilíbrio nas relações de procura e oferta e crise na construção civil, em face do desestímulo ocasionado pelo amordaçamento dos alugueres”¹⁵¹.

¹⁵⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contrato: Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3, p. 137.

A lei de locação, em um primeiro momento, surge para proteger os interesses dos locatários, considerados como mais fracos na relação contratual. Tal proteção, porém, não pode ser exacerbada, a ponto de desestimular o mercado imobiliário.

Os contratos de locação imobiliários são de extrema relevância para a economia brasileira, sendo considerados importante fonte de renda. Por evidente, ao mesmo tempo em que se propicia o desenvolvimento econômico, a locação do imóvel acaba por atender à função social da propriedade, permitindo que aqueles que não possuam imóvel próprio desfrutem de uma moradia.

Comentando a lei do inquilinato, descreve VENOSA que “na locação imobiliária o contrato serve de veículo para a utilização econômica da propriedade. Sob tal aspecto o contrato se apresenta como nexo de instrumentalidade para a propriedade”¹⁵².

A finalidade desta espécie de contrato é proporcionar a alguém o uso e gozo temporário do bem predial, em troca de uma retribuição pecuniária, denominada aluguel. Dessa ideia podem-se retirar os elementos fundamentais da locação, sendo eles: a própria coisa e a remuneração paga por ela.

Pode-se, dizer, a partir disso, que a principal obrigação do locatário é o pagamento pontual do aluguel, e a do Locador, por sua vez, é garantir o bom uso e fruição da coisa locada¹⁵³.

O locatário, passando a ter a posse direta sobre a coisa, deve exercê-la de forma tranquila, observando as finalidades e condições estabelecidas em contrato. A locação poderá ser por prazo determinado ou indeterminado, podendo ser rescindida conforme determinação legal.

A Lei de Locação autoriza o locador requerer do locatário uma garantia pela obrigação assumida, sendo vedado, porém, exigir mais do que uma modalidade de garantia para o mesmo contrato. Segundo o art. 37 da Lei nº 8.245/91, o contrato de locação poderá ser

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21.

¹⁵³ A Lei nº 8.245/91 e o próprio Código Civil estabelecem diversas obrigações e deveres do locador e locatário em seus textos. Segundo o CC, “o locador é obrigado: I - a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário; II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa (art.566). O locatário, por sua vez, é obrigado: I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse; II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar; III - a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito; IV - a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular. O rol de obrigações do locador e do locatário na Lei de Locação, por sua vez, aparece nos artigos 22 e 23, respectivamente.

garantido pela i) caução; ii) fiança; iii) seguro de fiança locatícia e; iv) cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

As garantias locatícias são um importante instrumento de proteção para o locador, contra o eventual inadimplemento do locatário. Trata-se de obrigação acessória, estando sempre vinculada ao contrato de locação, considerado principal.

A finalidade da garantia, portanto, é eliminar um risco que pesa sobre o credor da relação locatícia, fornecendo mais solidez e confiabilidade no negócio jurídico¹⁵⁴.

A fiança, ainda nos dias de hoje, se mostra como a forma mais corriqueira de assegurar a obrigação locatícia. Esta modalidade de garantia, por se tratar de assunto importante para o desenvolvimento deste trabalho, será tratada em tópico apartado, valendo, porém, tecer breves considerações acerca das demais espécies de garantias locatícias.

Com o uso da caução, o locatário garantirá o contrato ofertando bens móveis ou imóveis para o locador. Os bens caucionados ficarão em indisponibilidade, ou seja, fora do comércio, não sendo permitida sua negociação enquanto estiverem garantindo a obrigação locatícia¹⁵⁵.

Fala-se que a caução tratada no inciso I do art. 37 da Lei nº 8.245/91 relaciona-se à caução real (penhor, hipoteca e anticrese), posto que a caução pessoal, correspondente à garantia fidejussória (fiança), vem disciplinada no inciso seguinte.

Na prática imobiliária, muito comum que o inquilino garanta a obrigação por meio de caução em dinheiro, depositando, em caderneta de poupança aberta especificamente para esse fim, a quantia correspondente a três meses de aluguel¹⁵⁶.

O seguro fiança, por sua vez, é uma prática mais recente, ganhando destaque, em especial, nas grandes cidades. A maior vantagem dessa modalidade de garantia locatícia é que o locatário não precisa se desgastar na busca de um fiador, sendo a obrigação acessória garantida por uma Companhia de Seguro.

Diante do inadimplemento do locatário quanto ao valor devido a título de aluguel e demais encargos do imóvel, o locador poderá acionar o seguro, recebendo seu crédito diretamente da seguradora. Porém, o contrato de seguro fiança oferece cobertura apenas até o montante de 30 vezes o valor do aluguel mensal, não arcando com o excedente. Referido contrato tem validade de apenas um ano, devendo ser renovado decorrido este período.

¹⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 164.

¹⁵⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Garantias locatícias de bens imóveis. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 108, maio 2010. p. 23.

¹⁵⁶ Conforme autorizado pelo §2o do art. 38 da Lei nº 8.245/91.

Por fim, a Lei nº 11.196/2005 ampliou o rol das garantias locatícias, instituindo a modalidade de cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Nesta espécie de garantia, a obrigação principal é assegurada pelo fundo de investimento pertencente ao locatário. Caso deixe este de cumprir com a avença, haverá a cessão de suas quotas de investimento ao locador, até o montante suficiente para a quitação da dívida.

As garantias ofertadas nos contratos de locação são de extrema importância para o fomento do mercado imobiliário, fornecendo maior segurança aos negócios, bem como estimulando que os proprietários disponibilizem seus bens, pela remuneração, para moradia de terceiros.

Com isso, a locação de imóveis ganha força e destaque na economia nacional, não apenas em razão das vantagens econômicas apresentadas, mas também por exercer a tão discutida e necessária função social da propriedade.

Ainda que o princípio da autonomia privada, inerente a essas relações negociais, sofra limitações pela ingerência do Estado, devem as partes ser fiéis às cláusulas livremente convencionadas, sob pena de tornar o contrato incerto, desestimulando a prática locatícia.

4.2.2 Fiança nos contratos de locação de imóveis

Como exposto acima, os contratos de locação, em regra, são garantidos pelo instituto da fiança. Em que pese ser a expectativa de toda relação obrigacional seu pleno adimplemento, muitas situações negativas podem mudar o rumo desse caminho.

Daí prever o legislador um modo de dar maior confiabilidade e segurança aos contratos, permitindo que a terceira pessoa garanta o negócio jurídico firmado por outrem, responsabilizando-se pelo eventual descumprimento da obrigação pelo devedor.

Nesse mesmo sentido, SÍLVIO DE SALVO VENOSA descreve

Toda obrigação deve ser cumprida; essa sua finalidade. Incumbe ao credor diligente tomar precauções para que isso ocorra. O primeiro cuidado é averiguar se o devedor é solvente, se tem patrimônio suficiente para responder pela obrigação. Nem sempre, porém, apenas esse aspecto mostra-se suficiente. Ainda que solvente a princípio, não é de ser descartada a possibilidade de o devedor sofrer diminuição patrimonial no curso do tempo e cair em insolvência, ficando impossibilitado de liquidar a obrigação. Para fazer frente a essa eventualidade, o ordenamento coloca outras soluções para o credor, meios para facilitar e garantir o cumprimento de obrigações. A

fiança é, pois, instrumento de garantia em favor do cumprimento das obrigações¹⁵⁷.

Pelo contrato de fiança locatícia, uma pessoa assumirá, voluntariamente, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida do devedor, caso este não o faça.

A fiança, como bem exposto por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, é um exemplo típico de garantia especial, de natureza *pessoal*¹⁵⁸, a qual se verifica

[...] quando outra ou outras pessoas, além do devedor, estão adstritas a realizar a prestação no caso de ele a não efetuar. À obrigação garantida, de carácter principal, acrescem as obrigações dos garantes, de carácter acessório. As obrigações dos garantes projectam-se nos respectivos patrimónios e assim o credor pode também fazer-se pagar por estes¹⁵⁹.

Caracteriza-se o instituto por ser um contrato unilateral, gratuito e acessório. Diz-se *unilateral*, pelo fato de apenas o fiador responsabilizar-se perante o credor, não assumindo este qualquer compromisso em relação àquele; *gratuito*, quanto ao devedor, sendo a fiança prestada de forma desinteressada; e *acessório* por pressupor, necessariamente, a existência de uma obrigação principal.

Ainda, a fiança é considerada um contrato de natureza *intuitu personae* em relação ao fiador. Por ser uma obrigação direcionada especialmente a uma pessoa, “é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, por ser contrato de natureza *intuitu personae*, porque importa a confiança que inspire o fiador ao credor, a morte do locatário importa em extinção da fiança e exoneração da obrigação do fiador”¹⁶⁰.

O credor, ao aceitar a fiança, deve verificar se o fiador é considerado pessoa idônea, de confiança, e se possui bens suficientes para garantir a obrigação. Como descrito por DABUS MALUF, o fiador deve preencher as seguintes condições: idoneidade moral, idoneidade financeira e domicílio no município¹⁶¹.

¹⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3, p. 409.

¹⁵⁸ O Autor português fala em duas formas de garantia da obrigação: garantia geral e garantia especial. A primeira pertence a todos os credores, consistente “em estes se poderem fazer pagar, em pé de igualdade, à custa do *patrimônio* do devedor”. A estas garantias, pode ser acrescida outras, estabelecidas por lei ou por negócio jurídico, sendo estas as garantias especiais. As garantias especiais, por sua vez, poderão ser de natureza real ou pessoal (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 47-48)

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 48.

¹⁶⁰ AgRg no Ag 803.977/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 19/03/2007, p. 388.

¹⁶¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Garantias locatícias de bens imóveis. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 108, p. 25, maio 2010.

Ainda que o contrato de fiança se caracterize como *intuitu personae*, conforme descrito acima, as obrigações do fiador transmitem-se *mortes causa*, “desde que nascida antes da abertura da sucessão.” Ou seja, “os efeitos da fiança produzidos até a morte do fiador vinculam os herdeiros *intra vires hereditates*”¹⁶².

Assumir a obrigação de outrem é algo bastante delicado. Em razão disso, exige a lei brasileira que o contrato de fiança seja formulado por escrito (art. 819 do CC), devendo conter, de forma detalhada, toda obrigação assumida pelo fiador. A fiança, portanto, não é um ato presumido, devendo ser constituída por meio da manifestação de vontade expressa e inequívoca.

O fiador poderá comprometer-se com o valor total da obrigação, ou apenas com parte dela, mas “quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada” (art. 823, CC). Sendo assim, uma vez que se fará uma interpretação restritiva do contrato de fiança, deve este ser completo, indicando exatamente o modo em que ocorrerá a garantia.

Qualquer pessoa que possua livre disposição de seus bens pode ser fiadora. O ordenamento civil brasileiro exige, porém, a outorga conjugal na prestação da fiança, exceto para aqueles casados em regime de separação absoluta de bens (art. 1.647, III, CC). Segundo o texto da Súmula n. 332 do STJ, “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

Tal exigência busca evitar que um dos cônjuges coloque em risco, unilateralmente, o patrimônio do casal. Contudo, a aplicação do entendimento sumular deve ser analisada em cada caso concreto.

Recentemente, afastou o Superior Tribunal de Justiça a alegação de nulidade da fiança, em razão da ausência da outorga conjugal, pelo fato de o fiador, ao garantir a obrigação, não ter dito a verdade em relação ao seu estado civil. Neste caso, ainda ficou demonstrado que a meação da companheira manteve-se resguardada, não lhe trazendo prejuízo¹⁶³.

¹⁶² GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 541.

¹⁶³ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA. SÚMULA 332/STJ. PARTICULARIDADE FÁTICA DO CASO CONCRETO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA RESGUARDADA. 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza. 2. Assegurada a meação da companheira do fiador, não há que se falar em ofensa à legislação apontada. Particularidade fática do caso que, por si só, afasta a aplicação do entendimento fixado pela Súmula n. 332/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1095441/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 01/06/2011).

O direito do credor de boa-fé deve ser protegido, não podendo o fiador valer-se de meios ardilosos para se desobrigar do compromisso assumido. O caso concreto, portanto, pode trazer exceções à regra, merecendo atenção especial.

Assim, para se proteger o bem comum dos cônjuges, é de extrema importância a outorga conjugal, devendo esta ser realizada de modo a efetivamente demonstrar a real intenção dos cônjuges na concessão da fiança¹⁶⁴.

Paga a obrigação do afiançado, o fiador sub-roga-se nos direitos do credor, podendo pleitear, em ação de regresso, todas as perdas e prejuízos sofridos em razão do não cumprimento da obrigação pelo locatário.

Tratando-se de contrato de locação por prazo indeterminado, poderá o fiador exonerar-se da obrigação a qualquer tempo, mediante prévia notificação ao locador, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança durante 120 dias após a notificação dada ao locador (conforme art. 40, X da Lei nº 8.245/91).

Muito se discute na jurisprudência pátria a validade da cláusula que responsabiliza o fiador até a efetiva entrega da chave do imóvel pelo locatário. Nos contratos de locação firmados por prazo determinado, que se prorrogam por prazo indeterminado, poderá o fiador exonerar-se da obrigação nos termos do art. 835 do CC. Porém, não exercendo tal faculdade, e havendo no contrato cláusula expressa que responsabilize o fiador até a entrega das chaves do imóvel, permanecerá ele responsável pela obrigação principal.

Isso porque, não se está diante de um aditamento contratual (Súmula 214 do STJ), mas de uma prorrogação contratual, em que os fiadores comprometeram-se com a obrigação até a efetiva entrega das chaves. Segundo precedente formado pela Terceira Seção do STJ, "havendo cláusula expressa no contrato de locação, no sentido de que a responsabilidade dos

¹⁶⁴ Para se caracterizar a outorga conjugal, necessário que ambos os cônjuges consintam extressamente com a fiança. Em julgamento do REsp 1185982/PE, entendeu a Terceira Turma que não houve a vênua conjugal do cônjuge que figurou no contrato como testemunha, sem expressamente concordar com a fiança dada por seu parceiro, *in verbis*: CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA QUANTO AOS TERMOS DA FIANÇA PRESTADA POR CÔNJUGE. ASSINATURA LANÇADA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA INSTRUMENTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A OUTORGA UXÓRIA. SÚMULA 332/STJ. 1. A assinatura das testemunhas instrumentárias somente expressa a regularidade formal do instrumento particular, mas não evidencia sua ciência acerca do conteúdo do negócio jurídico. 2. A fiança deve ser interpretada restritivamente, de maneira que sempre estará limitada aos encargos expressa e inequivocamente assumidos pelo fiador. 3. Quando há incerteza a respeito de algum aspecto essencial do pacto fidejussório, como a outorga marital, não é possível proclamar a validade da garantia. Súmula 332/STJ. 4. A ausência do necessário consentimento do cônjuge para a prestação de fiança somente poderá ser suprida se for realizada por escrito, por meio de instrumento público ou particular autenticado. A assinatura do cônjuge, na qualidade de mera testemunha instrumental do contrato de locação, não é capaz de suprir essa exigência. 5. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 1185982/PE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011).

fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves, não há que se falar em exoneração da garantia, ainda que haja prorrogação por prazo indeterminado" (STJ, EREsp 612.752/RJ, Rel. Min. Jane Silva, Des. Conv. do TJMG, DJe 26/5/08)¹⁶⁵.

Como se percebe, o contrato de fiança é um instrumento de extrema importância no mercado imobiliário, sendo esta a modalidade mais utilizada para garantir a obrigação locatícia. Em razão disso, merece ser detalhadamente disciplinada, com o fim de não prejudicar aquele que dá a fiança e, muito menos, o credor da obrigação, que confiou no fiador as expectativas para um perfeito cumprimento do contrato.

Daí ser tão importante a manifestação voluntária e inequívoca do fiador, estando este totalmente ciente da responsabilidade assumida, bem como dos riscos de tal ato. O locador deve sentir-se seguro com a garantia a ele ofertada, não podendo o fiador, posteriormente, eximir-se de suas obrigações, sob pena de fragilizar importante meio de assegurar a locação, bem como desnaturar o próprio instituto da fiança.

4.3 Conflito de Normas de Direitos Fundamentais: solução por meio da Teoria dos Princípios

O presente trabalho, em várias passagens, apresenta situações conflitantes envolvendo normas de direito fundamental. Tais conflitos, por evidente, devem ser solucionados da melhor maneira possível, garantindo-se a justiça e a correta aplicação da norma legal.

Porém, antes de se analisar o foco central deste estudo – o embate entre direitos fundamentais, bem como com o fim de solidificar o que até agora se estudou acerca dos efeitos dos direitos fundamentais, necessário se faz tecer breve comentário sobre a *teoria dos princípios* desenvolvida por Robert Alexy.

Para dar início à discussão, ALEXY diz ser imprescindível que se faça distinção entre *princípio* e *regra*. Segundo ele

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da

¹⁶⁵ STJ, AgRg nos EAg 1217095/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 27/10/2010, DJe 08/11/2010; STJ, AgRg no REsp 1025059/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010; STJ, AgRg no Ag 1134564/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010.

dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico¹⁶⁶.

Assim, *princípio* seria uma espécie de norma, que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁶⁷. São considerados *mandamentos de otimização*, uma vez que podem ser satisfeitos em graus variados, e com pesos diversos, dependendo das situações fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.

A *regra*, por sua vez, é uma espécie de norma que garante direitos definitivos, devendo ser aplicada em sua totalidade¹⁶⁸. Como descrito por ALEXY¹⁶⁹, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Essas duas espécies de norma, como se vê, se distinguem tanto na questão estrutural, quanto em relação à forma de aplicação. Isto porque as regras não são flexíveis, comportando o caso concreto a aplicação de uma única regra, em sua integralidade. Já os princípios podem ser aplicados em sua parcialidade, conforme exigência do momento vivenciado.

Expõe WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO que as regras e princípios distinguem-se:

a) quanto à sua estrutura *lógica e deontológica*, pela circunstância de as primeiras [regras] vincularem-se a fatos hipotéticos (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à *técnica de aplicação*, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado “sopesamento” (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com os princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada¹⁷⁰.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 91.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

¹⁶⁹ ALEXY, op. cit., p. 91.

¹⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149-150.

Para os fins aqui pretendidos, importa-nos analisar o problema surgido quando, diante de um único caso concreto, é possível invocar dois princípios distintos para a solução do conflito.

Os princípios, ao contrário das regras, não são analisados sob a perspectiva do plano da validade. O simples fato de os princípios se colidirem pressupõe a sua validade¹⁷¹⁻¹⁷². Com isso, diante da colisão de princípios, nenhum deles será exterminado ou declarado inválido, sendo necessária a verificação do *peso* de cada um deles sobre a situação concreta.

Esse sopesamento, para a teoria dos princípios de Alexy, é utilizado para verificar em que medida, e em quais condições, um princípio, no caso concreto, deverá prevalecer sobre o outro. Trata-se do estabelecimento da “relação de precedência condicionada”, em que se fixam condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

Assim, nas condições *C*, o princípio *P₁* pode prevalecer sobre o princípio *P₂*. Numa condição *C'*, por sua vez, *P₂* poderá prevalecer sobre *P₁*. Cada princípio, portanto, deve ser aplicado na máxima medida do possível, jamais resultando na invalidade daquele que vigorou com porcentagem menor (mandamento de otimização).

Dilema maior ocorre quando se está diante de colisão de direitos fundamentais, posto existir dois fundamentos constitucionais, de mesma hierarquia, para a solução do problema.

Segundo GEORGE MARMELSTEIN,

[...] ocorre uma colisão de direitos quando dois ou mais princípios constitucionais podem ser invocados para justificar soluções opostas para o mesmo problema concreto. [...] Ou seja, há duas normas de igual hierarquia jurídica capazes de fornecer soluções contraditórias para o mesmo problema¹⁷³.

Da mesma forma como exposto acima, a colisão entre estes direitos fundamentais deve ser solucionada pelo balanceamento entre os respectivos princípios em choque, na

¹⁷¹ Segundo Robert Alexy, o “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94)

¹⁷² No mesmo sentido na nota acima exposto, descreve Virgílio Afonso da Silva que o conflito, parcial ou total, entre regras cujas consequências jurídicas, para o mesmo ato ou fato, sejam incompatíveis, deve ele ser resolvida no plano da validade. Para o Autor, “*Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade*” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49).

¹⁷³ MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 445.

tentativa de se equilibrar os interesses conflitantes. Todos os direitos serão preservados, devendo ser aplicados, contudo, na maior medida possível no caso concreto.

A ponderação dos princípios desses direitos, portanto, mostra-se como a medida devida para se garantir a máxima aplicação de um dos princípios colidentes, cabendo ao intérprete da lei valer-se de métodos adequados para a valoração do caso.

Como bem lembrado pelo Prof. WILLIS SANTIAGO, o operador jurídico, ao realizar a atividade hermenêutica, deve se valer de aparato conceitual das atividades formais, como a semiótica, a linguística, a teoria da comunicação, dentre outros¹⁷⁴, para, com isso, pronunciar-se de modo justo e nos moldes do ordenamento constitucional.

A proporcionalidade, descrita por ROBERT ALEXY, possui uma conexão estreita com a teoria dos princípios. Para ele, “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”¹⁷⁵.

Segundo o Autor alemão, a *proporcionalidade* é constituída por três máximas parciais: adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento).

Esta última máxima – proporcionalidade em sentido estrito - decorre da própria relativização das possibilidades jurídicas, sendo o sopesamento utilizado para a solução do problema surgido da colisão de dois princípios fundamentais. As três máximas decorrem do fato de os princípios serem mandamentos de otimização, sendo a proporcionalidade aplicada em sentido estrito diante das *possibilidades jurídicas*, e a adequação e necessidade diante das *possibilidades fáticas*¹⁷⁶.

O já citado autor WILLIS SANTIAGO, eleva a proporcionalidade a princípio máximo, considerando este como o “princípio dos princípios”. Será o princípio da proporcionalidade quem determinará, no caso de colisão de princípios fundamentais, qual deverá prevalecer, buscando-se o equilíbrio necessário para a conservação do direito. Conclui o professor que

A conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que, por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, achase expresso na já mencionada ‘máxima de proporcionalidade’. A imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídica e faticamente possível, para obter-se a

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 117-118.

otimização no adequamento da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana¹⁷⁷.

Essa breve narrativa acerca da colisão de princípios se mostra necessária para a melhor compreensão e justificativa deste trabalho. Filiando-nos às ideias de Alexy e Willis Santiago, a máxima da proporcionalidade mostra-se como o meio mais adequado para a solução de conflitos.

Muito importante, e de grande responsabilidade, será o papel do julgador, que, pelos adequados métodos de hermenêutica e argumentação, efetivará o sopesamento dos princípios em colisão, na busca do equilíbrio dos valores conflitantes.

4.3.1 Do Embate entre Direitos: Direito à Moradia *versus* Autonomia Privada

Conforme exposto acima, com o fim de garantir o direito à moradia digna da entidade familiar, o legislador previu hipóteses de impenhorabilidade do bem de família. Tal atitude, porém, acaba por influenciar as relações negociais entre particulares, uma vez que o bem, considerado como de família, não será capaz de garantir a obrigação assumida diante do inadimplemento de seu proprietário.

Diante desta situação de exclusão e proteção dada ao bem de família, surge o conflito de duas normas do direito. De um lado, um direito constitucional à moradia, considerado como essencial para o desenvolvimento e dignidade do grupo familiar e, de outro, o princípio da autonomia privada, empregado nas relações entre particulares, colocado em cheque quando da indicação desse tipo de bem como garantidor da relação negocial.

Por mais uma vez se denota a influência das normas constitucionais nas relações entre particulares, limitando o direito do credor de exigir o cumprimento da obrigação do devedor por meio do bem destinado à residência da entidade familiar.

Segundo a Lei nº 8.009/90 e o Código Civil, o imóvel residencial da entidade familiar é considerado impenhorável, estando excluído, portanto, de qualquer efeito externo prejudicial à sua conservação.

¹⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

A impenhorabilidade do bem de família tem como uma de suas consequências a preservação do direito à moradia constitucionalmente garantido, objetivando-se a melhoria das condições de vida dos núcleos familiares.

FUSTEL DE COULANGES¹⁷⁸ já pregava que a moradia é a mais sagrada e inviolável coisa que um homem pode possuir, demonstrando, com isso, a importância desse instituto ser tutelado como um direito social da órbita constitucional.

Desta forma, num primeiro momento, pode-se defender que o direito fundamental à moradia deve ser preservado de modo incondicional, sob pena de violar o princípio da dignidade humana.

Como bem apontado por MÁRCIO MANOEL MAIDAME, “a extensão abusiva a um direito fundamental, a ponto de atingir o núcleo de outros direitos fundamentais em conflito, fere igualmente a Constituição e, portanto, admite-se restrição proporcional”¹⁷⁹. Ou seja, em que pese ser o direito à moradia um direito fundamental, não pode ele ser considerado absoluto, podendo sofrer restrições em razão de outros direitos.

Como discutido no capítulo 3 deste trabalho, as normas constitucionais podem ter eficácia imediata ou mediata nas relações entre particulares. Se considerada de aplicabilidade imediata, a norma constitucional terá incidência direta, sem qualquer intervenção/mediação por parte do intérprete. Por sua vez, se considerarmos que a eficácia da norma constitucional se dará de forma mediata, necessário se faz a participação do Poder Público na interpretação e aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas.

Ao analisarmos a aplicabilidade do direito fundamental à moradia em relação ao vínculo negocial formado entre particulares, percebe-se a necessidade de a intervenção por parte do legislador e do Poder Judiciário para a ponderação dos direitos em jogo, concluindo-se, nesta situação, pela eficácia mediata do direito fundamental.

Tanto é assim que o próprio legislador, ao elaborar a lei que disciplina o bem de família, criou situações permissivas da penhora dessa espécie de propriedade, mesmo que diante da violação do direito à moradia.

Destarte, a aplicação do direito fundamental à moradia nem sempre ocorrerá de forma imediata nas relações privadas. Necessário que se faça um sopesamento entre a indigitada garantia constitucional e a relação particular.

¹⁷⁸ COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 52.

¹⁷⁹ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 214-215.

Nesta perspectiva, vale citar as três afirmações feitas pelo Professor MAIDAME¹⁸⁰ em obra destinada ao estudo da impenhorabilidade e direitos do credor. Segundo ele:

1ª) “a *moradia constitui um direito fundamental*, necessário para que a pessoa humana desenvolva-se com um mínimo de dignidade”;

2ª) “que se a propriedade imobiliária servir de moradia a uma família, estará cumprindo sua função social”;

3ª) “que a garantia de fruição de um direito fundamental admite restrições *constitucionalmente fundadas*”.

Por essas três afirmações parte-se para a análise de possível embate entre o direito à moradia, restritamente vinculado ao princípio da dignidade humana, e o princípio da autonomia da vontade, consistente na livre iniciativa do particular.

Sabe-se que na vida civil, corriqueiramente, as pessoas estabelecem negócios entre si e, como forma de garantir a obrigação assumida, o credor vê no patrimônio do devedor a segurança de adimplemento que a negociação exige. Desta forma, é o patrimônio pessoal do devedor que, muitas vezes, viabiliza a contratação, presumindo-se que, caso este viole o acordo bilateral estipulado, poderá a outra parte valer-se do pagamento da obrigação por meio da penhora desses bens.

Quando nos referimos em bem de família, contudo, essa regra do direito civil, permissiva do cumprimento da obrigação por meio da expropriação da propriedade do inadimplente contratual, não se aplica.

Vê-se, pois, o conflito entre o direito à moradia e o direito do cidadão de autogerir seus interesses por intermédio do seu bem de família, valendo-se, para tanto, do princípio da autonomia privada.

Por este princípio, o sujeito de Direito tem o poder de “criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos”¹⁸¹, manifestação esta, primordialmente, ocorrida nos negócios jurídicos.

Sobre o assunto, pondera ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que

A autonomia privada, como fonte normativa, é fenômeno que permite que o sujeito realize negócios jurídicos (principalmente negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de

¹⁸⁰ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 215-216.

¹⁸¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

realização do Direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação de normas jurídicas (ainda que particulares)¹⁸².

O princípio da autonomia privada, portanto, possibilita que as partes livremente negociem, de modo a melhor atender aos seus interesses, criando, entre eles, normas que devem ser observadas.

O problema surge, no entanto, quando o sujeito de direito, assumindo obrigação perante terceiro, dá em garantia o bem em que sua família reside. Como se sabe, o bem de família, em regra, é considerado impenhorável, tornando a referida obrigação assumida sem qualquer proteção no que tange à liquidez do negócio.

Situações como essas podem, por evidente, ser praticadas de modo desonesto. O devedor, e conhecedor da impossibilidade de se penhorar o bem de família caso não venha a cumprir com a obrigação assumida, dá em garantia ao credor justamente esta propriedade.

Casos como estes devem ser devidamente ponderados, com a análise da boa ou má índole do devedor para burlar o negócio bilateral firmado. Neste mesmo sentido, descreve VILLAÇA que:

Também seria procedimento de alta má-fé que o proprietário de um bem o conferisse em garantia de uma relação jurídica, para não cumprir o avençado ou já sabendo da impossibilidade de fazê-lo. O direito não pode suportar procedimento de má-fé, ou de quem alegue nulidade a que tenha dado causa¹⁸³.

Vê-se, assim, que o direito à moradia, arraigado no bem de família, não pode ser considerado absoluto e irrestrito, o que desrespeitaria o princípio basilar do direito privado, qual seja, a autonomia privada.

Por mais essa razão defende-se, no embate entre os direitos ora estudados, a necessidade da aplicação mediata do direito fundamental à moradia nas relações entre particulares, evitando-se, desta forma, qualquer abuso e/ou má-fé por parte do devedor.

Pensando exatamente em situações que poderiam acarretar irregularidades no âmbito jurídico, causando grandes prejuízos aos credores da obrigação pactuada, foi que o legislador criou exceções à impenhorabilidade do bem de família.

¹⁸² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

¹⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei n. 8.009/90*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 199-200.

O art. 3º da Lei nº 8.009/90 traz um rol de situações que autorizam a penhora sobre o bem de família, excetuando, assim, o benefício tutelado pela indigitada lei às residências familiares.

Interessante que se faça, ainda que de forma breve, e com o intuito de demonstrar a eficácia harmônica das normas constitucionais nas relações privadas, menção aos casos legais em que se autoriza a expropriação do bem de família em processo judicial.

4.3.2 Hipóteses legais permissivas da penhorabilidade. Relativização da garantia fundamental da moradia

Como apresentado até o momento, a Lei nº 8.009/90 protege o bem de família ao impossibilitar sua penhora diante de processos judiciais, garantindo à entidade familiar, o direito à moradia e o princípio da dignidade humana.

Contudo, a benesse legal também contempla exceções, apontando sete situações em que o devedor poderá ter seu bem expropriado, ainda que este se destine ao abrigo de sua entidade familiar, *in verbis*:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, **salvo** se movido:

- I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
- II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
- III - pelo credor de pensão alimentícia;
- IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
- VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (destacou-se)

No que tange ao inciso I do artigo acima mencionado, serão garantidos pela exceção à impenhorabilidade do bem de família os *créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias*. São penhoráveis, assim, os bens

do devedor nas execuções para a satisfação de créditos trabalhistas e contribuições previdenciárias dos empregados de sua residência, compreendidos aqui as empregadas mensalistas, governantas, copeiros, cozinheiros, jardineiros etc.¹⁸⁴

O inciso II, por sua vez, trata da possibilidade de penhora do bem *pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato*. Ora, caso assim não fosse, estaríamos diante de verdadeiro caos, em que o sujeito, mal intencionado, firmaria contrato de financiamento com uma instituição financeira já com o intuito de se tornar inadimplente, assegurando-se do benefício da impenhorabilidade de seu bem de família.

Em seguida, trata o legislador dos débitos decorrentes do não-pagamento de *pensão alimentícia*, exigida, num primeiro momento, em razão da relação de parentesco entre as partes, nos moldes do disciplinado pelos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil. Tendo em vista que o adimplemento da obrigação relaciona-se diretamente com a sobrevivência do alimentando, caso esta não venha a ser cumprida, poderá o beneficiário deste direito requerer a penhora do bem de família do devedor dos alimentos.

Defende RITA DE CÁSSIA CORRÊA VASCONCELOS que o direito a alimentos, previsto na exceção do inciso III da Lei nº 8.009/90, relaciona-se, como dito acima, aos alimentos protegidos pelo Direito de Família, não atingindo a pensão alimentícia deferida como indenização por ato ilícito¹⁸⁵. Para ela, deverá ser observada, neste caso, a regra da impenhorabilidade do bem de família, não podendo a parte prejudicada requerer a restrição desse bem perante o juízo.

Tal interpretação da lei, contudo, não foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça quando da análise do Recurso Especial n. 437.144/RS¹⁸⁶. Entendeu a Corte, em uma análise aparentemente mais consentânea com a atual hermenêutica constitucional, pela extensão da exceção do art. 3º, inc. III da Lei nº 8.009/90 aos casos de pensão alimentícia

¹⁸⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 62.

¹⁸⁶ Segundo o Tribunal de Justiça do Paraná, a exceção do inciso III do art. 3º da lei 8.009/90 não está restrito aos alimentos decorrentes do vínculo de parentesco, mas também aos resultado de ato ilícito (TJPR, 10ª, C.Cível, AC 506913-6, Apucarana, Relator Desembargador Arquelauro Araujo Ribas, Unânime, J. 06.08.2009).

decorrente de ato ilícito, em função da necessidade dos alimentos para a subsistência da parte “vencedora” da ação¹⁸⁷.

O inciso IV do art. 3º da lei, por seu turno, viabiliza a penhora do bem de família *para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar*. Pela interpretação deste inciso, bem como pelo entendimento jurisprudencial, o imóvel residencial, ainda que destinado à moradia da entidade familiar, é penhorável em caso de dívidas de condomínio ou tributos relativos a tais bens, como, por exemplo, o não-pagamento de IPTU¹⁸⁸.

Interessante citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no Agravo de Instrumento nº 722247-1¹⁸⁹. Em que pese a dívida questionada no julgado estar relacionada ao não-pagamento de taxas condominiais, a quantia fora pleiteada por empresa que se sub-rogou ao direito de crédito do condomínio, afastando, com isso, a possibilidade de penhora do bem de família do condômino devedor. Isso porque o direito de requerer a penhora sobre os indigitados bens é restrito às pessoas especificadas em lei, sendo descaracterizado, no caso sob comento, a natureza *propter rem* do débito.

A quinta exceção, por sua vez, refere-se à possibilidade de se pleitear a penhora do bem de família nos casos de *execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*.

¹⁸⁷ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO REPARATÓRIA POR ATO ILÍCITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ONOPONIBILIDADE DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. O comando do artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no polo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência. Recurso especial provido (STJ, REsp 437.144/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 10/11/2003, p. 186).

¹⁸⁸ TJPR, 2ª C.Cível, AC 766960-7, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Relator Des. Eugenio Achille Grandinetti, Unânime, J. 14.06.2011.
TJPR, 8ª C.Cível, AI 766193-6, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Relator Des. Guimarães da Costa, Unânime, J. 09.06.2011.

¹⁸⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADO. COTAS CONDOMINIAIS REFERENTES AO PERÍODO DE JANEIRO/2005 A SETEMBRO/2006 ABRANGIDAS PELA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES MANTIDOS. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. ACOLHIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º, IV DA LEI N. 8.009/90. SUB-ROGAÇÃO DE CRÉDITO ENTRE O CONDOMÍNIO E A EMPRESA AGRAVADA - DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA *PROPTER REM* DO DÉBITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR, 10ª C.Cível, AI 722247-1, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Relator Arquelauro Araujo Ribas, Relator Desig. p/ o Acórdão: Luiz Lopes, Por maioria, J. 05.05.2011).

Como se sabe, a hipoteca consiste em um direito real pelo qual o devedor disponibiliza bem imóvel para a garantia de uma dívida. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro¹⁹⁰.

Sendo assim, o imóvel oferecido como garantia hipotecária, em razão de dívida assumida pelo núcleo familiar, não é amparado pela impenhorabilidade.

Vale lembrar que a impenhorabilidade do bem não implica em sua inalienabilidade, garantindo-se o direito do proprietário de dispor da coisa. Porém, o imóvel ofertado como garantia real, poderá ser penhorado para a satisfação da obrigação mesmo que em face do credor hipotecário.

A impenhorabilidade do bem, tampouco, poderá ser arguida à propriedade adquirida *com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens*¹⁹¹. O fim almejado pelo legislador, com tal exceção, é o de tutelar o bem jurídico lesado por conta das condutas criminosas, que deram origem ao bem imóvel em questão, preservando-se, assim, possível ressarcimento pelo ilícito cometido, além de garantir a segurança jurídica de terceiros que possam vincular-se ao imóvel objeto de crime.

Por fim, e tema central do presente trabalho, a Lei nº 8.009/90 possibilita a *penhora do bem de família do fiador, concedido como garantia em contrato de locação*. O entendimento majoritário dos Tribunais pátrios é no sentido de autorizar a penhora sobre o referido bem ofertado em garantia, não havendo, segundo eles, qualquer inconstitucionalidade na exceção imposta pela lei¹⁹², como melhor se analisará abaixo.

¹⁹⁰ STJ, AgRg no AgRg no Ag 1094203/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 10/05/2011.

STJ, REsp 1035636/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 28/03/2011.

¹⁹¹ TRF4, ACR 0017387-50.2008.404.7000, Sétima Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 24/06/2011.

TRF4, ACR 0023827-53.2008.404.7100, Sétima Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 27/01/2011.

¹⁹² TJSP. AI - 0233004-64.2011.8.26.0000. Rel. Des. Melo Bueno. 35ª Câmara de Direito Privado. DJ 07/11/2011.

TJPR - 12ª C.Cível - AC 714914-2 - Maringá - Rel.: Costa Barros - Unânime - J. 16.03.2011

STJ, AgRg no REsp 1025168/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/07/2011.

AgRg no Ag 1181586/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 12/04/2011

5 POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

A possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador, excepcionando a regra da Lei nº 8.009/90, foi imposta pela lei de locação, que entrou em vigor no ano seguinte à indigitada lei de impenhorabilidade do bem de família. Desta forma, Lei nº 8.245/91, com o “nítido escopo [de] fomentar o mercado imobiliário atinente às relações *ex locato*¹⁹³”, instituiu a penhora do bem de família do fiador de locação.

Como já mencionado alhures, a política habitacional governamental não se mostrava animadora para os proprietários imobiliários, que muitas vezes sentiam-se inseguros na disposição de seus bens. Tal situação agravou-se ainda mais com a edição da Lei nº 8.009/90, que assegurava a impenhorabilidade do bem de família.

Com esta normatização, houve uma nítida retração do mercado imobiliário, resultado da limitação e restrição imposta aos contratos de locação. Ora, diante das dificuldades de se adquirir a casa própria, ficava praticamente impossível encontrar fiador possuidor de mais de um imóvel para garantir a obrigação locatícia.

O resultado não poderia ser outro senão o desestímulo dos locadores em disponibilizarem seus bens para servir de moradia a terceiro, uma vez que eles não possuíam segurança alguma quanto ao cumprimento da avença.

Com o intuito de solucionar esse problema de insegurança, surgido em razão da impenhorabilidade do bem de família do fiador, entra em vigor a lei de locação – Lei nº 8.245/91, acrescentando, por meio de seu art. 82, mais uma forma de exceção à impenhorabilidade do bem de família disciplinado no art. 3º da Lei nº 8009/90: aquela decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Vale citar trecho do artigo desenvolvido por GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, mesmo que esta se posicione em sentido contrário ao defendido por este trabalho, em que a autora professa acerca do art. 82 da Lei de Locação, *in verbis*:

O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, visava tão-somente proteger a locação.

¹⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Penhora sobre o bem do fiador de locação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 14.

O argumento que se levanta, portanto, é o que, sem essa garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, tornar-se-ia difícil trabalhar no mercado imobiliário. Assim sendo, para favorecer a moradia, permitiu-se que sobre o fiador viesse recair a exclusão quanto à impenhorabilidade do imóvel residencial¹⁹⁴.

Ainda que a mudança na legislação tenha ocorrido, como um dos seus principais escopos, com a finalidade de fomentar o mercado imobiliário, tal medida mostrou-se necessária para favorecer a *moradia*, direito este associado à locação residencial.

Muitas discussões se travaram sobre o tema, sendo uma delas acerca da aplicação da regra contida no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 sobre os contratos de locação afiançados antes da vigência da tão polêmica norma.

Segundo a jurisprudência da época, possuindo a norma aplicação imediata, os contratos firmados na vigência da Lei nº 8.009/90, cujo ato constitutivo viera a ocorrer após a entrada em vigor da Lei nº 8.245/91, estavam sujeitos à regra da penhorabilidade do bem de família do fiador de locação, sendo irrelevante, portanto, o momento da celebração do contrato de locação¹⁹⁵. Assim se mostrou o teor do Recurso Especial nº 76354/SP, sob a relatoria do Min. William Patterson:

- LOCAÇÃO. FIANÇA. IMOVEL. PENHORA. ADMISSÃO POR LEI NOVA. ALCANCE. - ALTERANDO A LEI 8.245, DE 1991, A LEI 8.009, DE 1990, PARA ADMITIR A PENHORA DE IMOVEL RESIDENCIAL DE FIADORES, FORÇOSO E RECONHECER O SEU ALCANCE SE OS ATOS CONSTITUTIVOS TENHAM SIDO REALIZADOS NA VIGENCIA DO PRIMEIRO DIPLOMA (LEI 8.245/91). - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp 76.354/SP, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/1996, DJ 03/06/1996, p. 19290)¹⁹⁶.

¹⁹⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119.

¹⁹⁵ Segundo trecho do voto do Min. William Patterson, proferido no Recurso Especial n. 76354/SP: “Dispôs o venerando acórdão que a ação foi ajuizada sob a égide da Lei n. 8.245/91 e, na constância da nova ordem jurídica, é admissível a penhora sobre bem de família, quando cuidar-se de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, pouco importante que a celebração do contrato tenha ocorrido em época de vedação”.

¹⁹⁶ Da mesma maneira posicionava-se o Extinto Tribunal de Alçada Cível do Estado do Paraná, *in verbis*: BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - FIADORES EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. **Se a execução para a cobrança de alugueres e encargos foi ajuizada sob a égide da Lei n. 8245/91 que acrescentou o inciso VII ao artigo 3º. da Lei de Impenhorabilidade (L. 8009/90), possível é a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação.** (TAPR - Oitava C. Cível (extinto TA) - AC 65006-0 - Londrina - Rel.: Ruy Cunha Sobrinho - Unânime - J. 20.06.1994, destacou-se).

O voto do Ministro Revisor, ainda que acompanhando o entendimento do Relator, questiona a atuação do legislador ao criar a exceção da impenhorabilidade do bem de família do fiador, dizendo tratar-se de um notório interesse dos grandes locadores:

O EXM^o. SR. MINISTRO VICENTE LEAL: - Sr. Presidente, é lamentável que o legislador tenha feito essa cirurgia na lei que preservou o bem de família, - certamente para atender aos interesses dos grandes locadores. Todavia, trata-se de lei de natureza processual, de aplicação imediata. Assim, embora lamentável essa cirurgia em norma de cunho social de tal relevância, que é a Lei n. 8.009, não tenho outro meio senão o de acompanhar o voto do Eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

Foi este, por muitos anos, o entendimento pacífico dos Tribunais¹⁹⁷. A discussão mudou de foco, porém, quando da edição da Emenda Constitucional n° 26, de 2000, que consagrou a moradia como um direito social fundamental, inserindo-a no art. 6° da Constituição Federal.

Segundo a redação do referido artigo, “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”¹⁹⁸.

Elevando-se o direito à moradia a grau de direito fundamental, parte da doutrina e jurisprudência entendeu que o art. 3°, VII da Lei n° 8.009/90 não fora recepcionado pela EC 26/2000, não podendo mais a regra ser aplicada.

¹⁹⁷ STJ, REsp 96.871/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/1996, DJ **11/11/1996**, p. 43722;
STJ, REsp. 62.720/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/1997, DJ **14/04/1997**, p. 12762;
STJ, REsp 150.249/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/1997, DJ **02/02/1998**, p. 161;
AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - LEI 8.009/90 - CONTRATO DE LOCAÇÃO - FIANÇA - INAPLICABILIDADE - EXCESSÃO É REGRA. AGRAVO DESPROVIDO. Reza o artigo 82 da Lei n. 8.245/91 com o acréscimo do inciso VII ao artigo 3 da Lei n° 8.009/90, que a impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (TAPR - Setima C. Cível (extinto TA) - AI 130428-9 - Londrina - Rel.: Waldemir Luiz da Rocha - Unânime - J. **13.09.1999**).
AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA FIADOR ADMISSIBILIDADE APLICABILIDADE DA LEI n. 8.009/90, MODIFICADA PELA LEI n. 8.245/91 - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP, Ag.Inst. n° 481.503-016, Rel. Des. Ferraz de Arruda, 9ª Câmara do Extinto 2º TAC, julgado em **15.03.2000**)

¹⁹⁸ Redação do artigo determinada pela EC 26/2000. Atualmente, o artigo recebeu mais um direito integrante ao rol dos direitos sociais, por intermédio da EC 64/2010, passando a ser redigido da seguinte maneira: “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, na forma desta Constituição”.

Neste sentido, foi o voto do ex-Ministro Carlos Velloso que, analisando o Recurso Extraordinário nº 352.940, entendeu pela ausência de recepção do artigo que aplica a possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador em contrato de locação, pelas normas constitucionais¹⁹⁹.

Em decisão monocrática, justificou-se o Ministro no sentido de que a aceitação da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação violaria o “princípio da isonomia e o princípio de hermenêutica: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

Diante da não-recepção do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 pelo art. 6º da CF, expressou seu voto no seguinte sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela Quarta Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, está assim ementado: ‘A norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os sociais (artigo 6º do Estatuto Político da República, texto conforme a Emenda 26, de 14 de fevereiro de 2000) não é imediatamente aplicável, persistindo, portanto, a penhorabilidade do bem de família de fiador de contrato de locação imobiliária urbana. A imposição constitucional, sem distinção ou condicionamento, de obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é inarredável, ainda que se cuide, a regra eventualmente transgressora, de norma de alcance social e de ordem pública’. (Fl. 81) Daí o RE, interposto por ERNESTO GRADELLA NETO e GISELDA DE FÁTIMA GALVES GRADELLA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, o seguinte: a) impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91; b) inexistência de direito adquirido contra a ordem pública, porquanto ‘(...) a norma constitucional apanha situações existentes sob sua égide, ainda que iniciadas no regime antecedente’ (fl. 88). Admitido o recurso, subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dr^a. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não-conhecimento do recurso. Autos conclusos em 15.10.2004. Decido. A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não

¹⁹⁹ Seguindo esta mesma orientação, da não-recepção do art. 3º, VII da Lei n. 8.009/90, pelo EC 26/2000, podem-se citar os seguintes julgados: RE 349370/SP e Resp 631.262/MG.

responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: ‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’. Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 25 de abril de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator. (RE 352940, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 25/04/2005, publicado em DJ 09/05/2005 PP-00106)

A partir de então, passou-se a discutir a constitucionalidade da exceção trazida no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Ainda nos dias atuais, não há unanimidade no assunto, sendo ele objeto de incansáveis análises e divergências doutrinárias.

Aqueles que se posicionam *contra a penhora do bem de família*, voltando-se pela incompatibilidade do art. 3º, VII da Lei nº 8009/90 com a Constituição Federal de 1988, sustentam que referida regra viola: a) o princípio da isonomia; e b) o direito social à moradia.

ANA ALICE DE CARLI²⁰⁰ acrescenta, ainda, 1. a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; 2. afronta ao princípio da proibição do retrocesso e; 3. violação a outros valores fundamentais - como a vida, o desenvolvimento humano e o mínimo existencial.

O princípio da isonomia estaria abalado pelo fato de o fiador e afiançado/locatário receberem tratamento diferente diante de uma mesma causa – relação *ex locato*, e de um mesmo credor. Ou seja, diante do descumprimento contratual, consistente no não-pagamento devido pela locação, poderia o fiador ter seu único bem penhorado, já o locatário estaria imune a esta expropriação, sob o manto da impenhorabilidade do bem de família.

Nesta situação, de penhora do bem de família do fiador que garante obrigação locatícia, não se vislumbra a violação do princípio da isonomia. Tratam-se, na realidade de obrigações diferentes. O fiador possui um vínculo contratual junto ao seu afiançado; o locatário, por sua vez, assume obrigações perante o locador. Está se diante, portanto, de dois contratos distintos, sendo um deles, até mesmo, acessório ao outro.

Sendo favorável à penhorabilidade do bem de família do fiador da locação, e afastando a alegação de violação ao princípio da isonomia, vaticina HEITOR VITOR MENDONÇA SICA:

Dizer que o locatário e o fiador são devedores de obrigações iguais não corresponde à verdade. O locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório, de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com requisitos e vicissitudes próprias²⁰¹.

Na realidade, estaríamos diante de uma desigualdade caso os locatários, ocupando uma mesma posição, recebessem tratamento diferenciado pela lei, assim como os fiadores, caso fossem disciplinados de modo diverso entre si.

Como bem exemplificado por FRANCISCO CARLOS ROCHA BARROS, haveria violação do princípio da isonomia caso “a lei estabelecesse tratamento diferente para locatários, beneficiando apenas os que fossem brancos, ou católicos, por exemplo”²⁰².

²⁰⁰ CARLI, Ana Alice de. *Bem de Família do Fiador e o Direito Humano Fundamental à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 124.

²⁰¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões Polêmicas e Atuais acerca da Fiança Locatícia. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

²⁰² BARROS, Francisco Carlos Rocha. *Comentários à lei do inquilinato*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 199-200.

Situação esta, por evidente, que não ocorre, permitindo-nos concluir pela não-violação do indigitado princípio.

No que se refere à alegação de violação ao direito social à moradia, escreve a *doutrina contrária à penhorabilidade do bem de família do fiador* que o art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 não veio a ser recepcionado pela EC 26/2000, que inseriu a moradia no rol dos direitos sociais.

Logo após a promulgação da referida Emenda Constitucional, surgiram julgados, ainda que de forma isolada, no sentido de declarar a impenhorabilidade do bem de família do fiador em razão da prevalência do direito fundamental à moradia sobre o direito de crédito do locador.

Diversamente do posicionamento majoritário das Câmaras, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul²⁰³ e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁰⁴, em acórdãos proferidos no mesmo ano da promulgação da EC 26, entenderam que não se mostrava possível a penhora do único imóvel que servia de residência ao fiador, pois, segundo a CF/88, o direito de propriedade e o de moradia são direitos fundamentais do cidadão e de sua família, devendo este ser preservado. Sendo assim, nos termos dos acórdãos mencionados, a lei deve ser

²⁰³ FIANÇA. LOCAÇÃO. PENHORA DO ÚNICO IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE. SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO E DE SUA FAMÍLIA O DIREITO DE PROPRIEDADE (CF/88, ART-5, XXII) E O DIREITO À MORADIA (CF/88, ART-6, CAPUT, NA REDACAO DA EC 26/00), SENDO QUE A CONSTITUICAO, EM SUA AXIOLOGIA, PRESTIGIA COMO VALOR FUNDAMENTAL A MORADIA DOS CIDADÃOS E DE SUA FAMÍIA, TANTO QUE NO ART 183 CONCEDE O USUCAPIÃO PARA QUEM DETENHA IMÓVEL URBANO NAS CONDIÇÕES QUE MENCIONA. A LEI DEVE SER INTERPRETADA E APLICADA ATENDENDO AOS FINS SOCIAIS A QUE ELA SE DIRIGE E AS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM (LICC, ART-5), O QUE CERTAMENTE NÃO ESTARÁ SENDO ATENDIDO SE O FIADOR PERDER SUA RESIDÊNCIA PARA ATENDER DÉBITOS DE ALUGUÉIS DO AFIANÇADO EM BENEFÍCIO DO CREDOR QUE EXPLORA ECONOMICAMENTE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. OUTRA DEVE SER A SOLUÇÃO PARA A VIABILIZAÇÃO DO MERCADO DE LOCAÇÃO, SEJA PELOS CUIDADOS DO LOCADOR AO ACEITAR O FIADOR COM PATRIMÔNIO SUFICIENTE PARA A GARANTIA, SEJA PELA DEFINITIVA IMPLEMENTAÇÃO DO SEGURO-FIANÇA. O CREDOR OU LOCADOR, AO CONTRATAR, DEVE EXAMINAR A SITUAÇÃO PATRIMONIAL DO FIADOR, POIS SEU E O RISCO. AGRADO PROVIDO. (5 FLS.) (TACRS, Agravo de Instrumento N. 70000649350, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 28/03/2000)

²⁰⁴ CONSTITUCIONAL - CIVIL - PROCESSO CIVIL - PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL RESIDENCIAL DE FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVIMENTO DO AGRADO. 1. COM A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE FEVEREIRO DE 2000, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INCLUINDO A MORADIA NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS, DERROGADO FICOU O INC. VII DO ART. 3º DA LEI N. 8.009/90, INTRODUZIDO PELO ART. 82 DA LEI N. 8.245/91, DAÍ RESULTANDO A IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DE IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DO FIADOR. 2. AGRADO IMPROVIDO. (Classe do Processo: AGRADO DE INSTRUMENTO 20000020030557AGI DF; Registro do Acórdão Número: 133604; Data de Julgamento: 25/09/2000; Órgão Julgador: SERVIÇO DE RECURSOS CONSTITUCIONAIS; Relator: ESTEVAM MAIA; Publicação no DJU: 07/02/2001 Pág.: 32; Decisão: NEGAR PROVIMENTO, POR MAIORIA).

interpretada e aplicada atendendo aos fins sociais, desligando-se da questão mercantilista trazida pelo contrato de locação.

Respeitosamente, discordamos daqueles que defendem a incompatibilidade do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 com os ensinamentos constitucionais. Referida norma, como restou demonstrado pela Corte Suprema, é constitucional, devendo ser aplicada a exceção da impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação.

A conservação do direito à moradia não está apenas vinculada ao direito de propriedade, sendo que aquele pode ser concebido de outras formas, como pelo contrato de locação e comodato, por exemplo.

Desta forma, pode-se dizer que o contrato de locação é um dos meios para se garantir o direito social à moradia, e, como forma de se estimular o mercado imobiliário, é que se mostra importante e necessária a autorização da penhora do bem daquele que garante a obrigação locatícia.

Como bem lembrado por HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, o direito à moradia não é absoluto e inafastável, devendo ser levado em consideração, também, princípios como a boa-fé, a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e o próprio enriquecimento ilícito²⁰⁵.

Ora, caso se entenda pela prevalência, incondicional, do direito social à moradia, então não apenas o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 se mostra incompatível com a Constituição, mas também todas as demais exceções previstas no artigo.

Desta feita, por mais essas razões sustenta-se a constitucionalidade do artigo acima mencionado, considerando correta a aplicação da regra que permite a penhora do bem do fiador.

No que tange à suposta violação do princípio da proibição de retrocesso, tal argumentação tampouco pode prosperar. Por este princípio, conforme explicado por LUÍS ROBERTO BARROSO, “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se torna incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimida”²⁰⁶.

Como defendido acima, nenhum direito é considerado absoluto, podendo receber interferência em razão de outro. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador de locação, estabelecida após a norma infraconstitucional dizer que o bem de família é

²⁰⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões Polêmicas e Atuais acerca da Fiança Locatícia. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

impenhorável, não se mostra como um retrocesso, mas sim como forma de preservar bens maiores, como a própria moradia, conseguida por intermédio das relações locatícias.

Por fim, o último argumento utilizado para a tese de defesa da impenhorabilidade do bem de família do fiador, se refere à violação da dignidade da pessoa humana e demais valores fundamentais (vida, desenvolvimento humano, mínimo existencial).

Para ANA ALICE DE CARLI, o direito de moradia, concretizado no direito de propriedade instrumental, acaba por garantir a dignidade da pessoa humana e possibilita o desenvolvimento pessoal de seus titulares, pois ali se sentem seguros, confortáveis e autoconfiantes para enfrentar os percalços da vida em sociedade.

Professa que “não há como dissociar a moradia da personalidade do indivíduo, pois, além de servir de abrigo, a ela estão atrelados outros significados, como a vida e a dignidade humana.”

Não se negam tais benefícios trazidos pelo direito de propriedade. A casa própria é, e sempre foi, o maior sonho de conquista de todos os brasileiros, exatamente pela segurança e proteção dada pelo instituto ao seu proprietário.

A propriedade, porém, é um bem disponível, tendo o fiador liberalidade para ofertar seu patrimônio, ainda que único, como forma de garantir a obrigação de terceiro. Se o faz, faz com consciência, responsabilizando-se pelo cumprimento contratual por meio deste seu bem tão valioso.

Ninguém está obrigado a prestar fiança em contrato de locação. Tal conduta se dá de modo livre e espontâneo, não sendo o fiador coagido a patricar tal fim. Se o indivíduo oferta seu único bem como garantia por saber que este não será objeto de penhora, fica evidente a má-fé do garantidor, e conseqüente enfraquecimento da locação imobiliária.

Portanto, defende-se no presente estudo, seguindo a linha expositiva contida no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, sob a relatoria do Min. Cezar Pelluso - o qual será analisado no último tópico do trabalho, pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador quando seu afiançado não cumpre com a avença contida no contrato de locação.

Com a devida vênia às posições divergentes, entender de outra maneira pode resultar em inúmeros prejuízos que, por via de consequência, afetarão o próprio direito de moradia. O contrato de locação exerce relevante função no âmbito econômico e social, posto que, ao mesmo tempo em que se mostra como um importante instrumento da economia brasileira, também é um meio de se assegurar, ao maior número de pessoas possível, o direito à moradia digna.

Conclui-se, assim, que a penhora do bem de família do fiador de locação não viola a norma constitucional, devendo o art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 ser aplicado em sua integralidade, protegendo a incolumidade do contrato, do locador e, em especial, o mais importante meio de fornecer moradia àqueles que não possuem a propriedade própria.

5.1 A Boa-fé nos Contratos de Locação. Garantia de Segurança Jurídica

A denominada “nova teoria do contrato”, inspirada na visão socializadora do ordenamento jurídico, trouxe consigo princípios de extrema importância para a regulamentação das relações contratuais, como a boa-fé objetiva, a função social, o equilíbrio econômico do contrato, entre outros.

O negócio bilateral exige dos contratantes condutas probas, dignas, impondo comportamentos e deveres a serem observados no trâmite contratual. Tal conduta consiste na boa-fé objetiva por parte dos contratantes, definida por CLAUDIA LIMA MARQUES como “o compromisso expresso ou implícito de ‘fidelidade’ e ‘cooperação’ nas relações contratuais”²⁰⁷.

Disciplinado pelo art. 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes o dever de agir com honestidade e lealdade, desde a formação do contrato (responsabilidade pré-contratual), até a conclusão do mesmo (responsabilidade pós-contratual).

A aplicação desse princípio, nas relações obrigacionais, dá-se na medida em que os contraentes agem respeitando os interesses e expectativas mútuas, cooperando para o bom cumprimento da obrigação.

JUDITH MARTINS-COSTA defende que o princípio em comento impõe à pessoa, de forma genérica, dever de conduta honesta, reta, leal, com respeito aos interesses do indivíduo, analisado como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado²⁰⁸.

Portanto, para que o contrato seja perfeito, no respeito aos interesses de ambas as partes, não poderão as pessoas que fazem parte da relação negocial atuar de modo a violar e desprezitar o princípio da boa-fé, sob pena de prejudicar a confiança necessária para a formação e manutenção do contrato.

²⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Neste sentido, FERNANDO NORONHA professa que

[...] este dever de agir de acordo com a boa-fé impõe-se na medida em que as próprias relações sociais não são possíveis sem um mínimo de confiança entre as pessoas; é por isso que os padrões de conduta exigíveis são os indispensáveis para que as expectativas legítimas das outras pessoas não fiquem frustradas. Acrescenta dizer que o princípio da boa-fé é norteado pelas palavras-chaves ‘confiança legítima’, ou ‘expectativa legítima’, expressões estas relacionadas à outra pessoa da relação contratual²⁰⁹.

A boa-fé objetiva, portanto, é imprescindível para a execução contratual, sendo esta a forma de ofertar segurança jurídica à obrigação, posto gerar a expectativa de lealdade na condução do negócio.

No que se refere ao contrato de locação, portanto, tal princípio é de suma importância, devendo ser respeitado por todos aqueles que figuram como parte na relação obrigacional, ou seja: pelo locador, locatário e fiador.

Nos dizeres de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “O credor e devedor devem proceder de *boa-fé*, ou seja, com lealdade e correção, o primeiro no exercício do seu direito, o segundo no cumprimento do seu dever”²¹⁰. O fiador, por sua vez, não pode se eximir de sua obrigação acessória. Assim, diante do não-cumprimento obrigacional pelo afiançado, não sendo este capaz de solver a dívida, entrará em ação a pessoa do fiador, que se comprometeu em adimplir o crédito em nome do locatário.

O fiador, portanto, também deve manter uma postura correta e leal ao contrato que aderiu, nos ditames da boa-fé objetiva. O locador, ao assinar o contrato de locação, confiou na garantia fidessujória ofertada, acreditando na segurança do negócio exatamente por este estar protegido pelo instituto da fiança.

Ninguém é obrigado a ser fiador, mas, aceitando o encargo, automaticamente estará responsável pela obrigação principal, envolvendo a relação negocial entre locador e locatário. O garantidor, portanto, em sua plena capacidade para os atos da vida civil, possui total ciência dos riscos inerentes à sua oferta.

Em razão disso, quando o fiador dá seu único bem, destinado à sua residência e de sua família, como forma de garantia, age com liberalidade e espontaneidade, sendo que a alegação futura de que este imóvel recebe a benesse legal da Lei nº 8.009/90, consiste, à luz

²⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

²¹⁰ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 15.

do princípio da boa-fé objetiva, em evidente má-fé, buscando este beneficiar-se de sua própria torpeza ao suscitar a impenhorabilidade de seu bem de família.

A pessoa do fiador, assim como todos os contratantes, está vinculada ao contrato que aderiu. Conhecedor do significado e das consequências de seu ato, não poderá alegar a ineficácia da penhora de seu bem em razão da regra da impenhorabilidade do bem de família.

Com a fiança, cria-se um quadro de estabilidade na relação negocial. Quando o fiador, maliciosamente, atua em contradição ao expressamente declarado em contrato, negando o pagamento da dívida com o bem dado em garantia, acaba por vulnerar o instituto da locação, posto desaparecer a segurança aparente.

A má-fé do fiador, portanto, não pode ser capaz de superar a boa-fé do próprio locador, que vê, na fiança, seu direito de crédito resguardado. Como dito alhures, o contrato deve ser exercido com lealdade por todos os seus integrantes, não podendo a atuação maliciosa de um deles prejudicar o direito do outro.

Recentemente, analisando a suposta nulidade da fiança em contrato de locação com base na ausência de outorga uxória, o Superior Tribunal de Justiça percebeu a existência de má-fé por parte do fiador, que omitiu seu real estado civil com o fim de prejudicar a locação e, por consequência, o direito de crédito do locador.

CIVIL e PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO.

LIMITES OBJETIVOS. FIADOR. ILEGITIMIDADE. NULIDADE DA FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. BOA FÉ OBJETIVA. 1. Se o decisum recorrido utiliza motivos de outra demanda transitada em julgado com o fim de declarar a coisa julgada material, sem propositura de ação declaratória incidental (artigos 5º e 325, CPC), esse proceder ofende os limites objetivos da coisa julgada, a teor do art. 469, incisos I, II e III do CPC. 2. O direito obrigacional é pautado por princípios, entre outros, pela boa fé objetiva, razão pela qual o fiador que subscreve contrato de locação sem se declarar como casado não pode, posteriormente, alegar a nulidade da fiança com base na ausência de outorga uxória, sob pena de violação, igualmente, ao princípio do *nemo auditur proprium turpitudinem allegans*. 3. Dispõe o art. 239 do Código Civil de 1916 (atual art. 1650 CC/02): "A anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (artigos 178, § 9º, nº I, a e nº II)", razão pela qual carece de legitimidade processual ativa o varão para argüir a nulidade da fiança sem assinatura da esposa - Precedentes. 4. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido dos embargos à execução manejado pelo recorrido / fiador. (REsp 1128770/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

Percebe-se, assim, a importância da declaração de vontade expressa no momento da fiança. O garantidor da obrigação locatícia deve ter uma atuação à luz do princípio da boa-fé objetiva, não podendo se eximir de seu dever contratual sob a alegação de impenhorabilidade de seu bem.

Tal atitude, muitas vezes maliciosa, gera consequências nefastas à obrigação contratual, posto resultar insegurança e incerteza na tratativa negocial. Ninguém se sentirá seguro em dispor de um bem para locação, conhecedor de que a obrigação não estará garantida nos termos do pactuado.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva deve estar ínsito nos contratos de locação, expressando segurança e certeza na vontade declarada pelas partes, bem como fortalecendo a própria relação obrigacional, de extrema importância para a garantia do direito à moradia.

5.2 Calibragem de Princípios. Direito à Moradia versus Função Social do Contrato

Muito se expôs, até o momento, acerca do direito à moradia e a finalidade e função do contrato de locação, consubstanciado, para muitos, como um direito de crédito. Neste momento, porém, busca-se a análise dos dois institutos de forma conjunta, na verificação da calibragem dos mesmos e a consequente ponderação destes direitos.

A moradia foi consagrada como direito social apenas no ano de 2000, por intermédio da Emenda Constitucional 26. Os direitos sociais, segundo PEDRO LENZA, são considerados de segunda geração, apresentando-se

[...] como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/88)²¹¹.

O direito social à moradia deveria ser garantido pelo Estado a todo cidadão brasileiro, preservando, além disso, a dignidade da pessoa humana. Porém, como é cediço, o governo não é capaz de fornecer a moradia necessária para todos, confrontando-se com desigualdades sociais gritantes.

²¹¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 974.

A aquisição de um imóvel é uma conquista alcançada por poucos, sendo que a maior parte da população não o possui. Conforme pesquisa jornalística, as capitais brasileiras, como São Paulo e, em especial, Rio de Janeiro, possuem os imóveis com o metro quadrado mais caros do mundo, o que afasta, ainda mais, o sonho da compra da casa própria²¹².

Diante desse crescimento no mercado imobiliário, a locação se mostra como um importante meio para a concretização do direito à moradia. Evidentemente que, aqueles que disponibilizam seus bens para a locação, pleiteiam por garantias, tanto com o fim de preservar o bem, quanto em relação aos valores monetários relacionados ao contrato.

Os contratos de locação, portanto, são elaborados de modo a fornecer segurança para ambos os contratantes, respeitando, ademais, as determinações impostas pela lei de locação.

A visão socializadora da sociedade atual exige do contrato que este exerça a função social. Nos termos do art. 421 do Código Civil, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Como tivemos oportunidade de apontar em outro trabalho, a liberdade de contratar, adstrita a uma função social, busca garantir o equilíbrio entre as partes e harmonizar a autonomia da vontade aos interesses sociais²¹³.

Neste mesmo sentido, PAULO ROBERTO FROES TONIAZZO pondera que

[...] a função social do contrato se funda na harmonia entre a Autonomia da Vontade e a Solidariedade Social e pode ser entendida como finalidade a ser alcançada pelas partes através do negócio jurídico, mediante a conciliação dos seus interesses com os interesses da Sociedade, tendo por fim o bem-estar social²¹⁴.

O contrato de locação, ao harmonizar os interesses das partes – de um lado o interesse do locador em receber aluguel, e, do outro, do locatário em receber um imóvel adequado para sua moradia –, cumpre com seu papel social.

Os interesses sociais, em voga, se referem ao próprio direito de moradia, constitucionalmente garantido. É por meio de um contrato justo e equilibrado que se consegue

²¹² Pesquisa realizada no sítio <http://oglobo.globo.com/imoveis/os-precos-dos-imoveis-no-rio-de-grandes-cidades-mundo-afora-3219806>, em data de 26.01.2012, às 20h23min.

²¹³ MEDINA, José Miguel Garcia; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 896, p. 47, jun. 2010.

²¹⁴ TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. *A função social do contrato privado: limites da liberdade de contratar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 78.

preservar inúmeros direitos, como o de liberdade, livre iniciativa e, por evidente, o direito social à moradia.

Para manter o equilíbrio contratual, porém, é importante a apresentação das garantias locatícias já discutidas. Uma vez que a fiança é a garantia mais utilizada nestas relações negociais, deve esta ser ofertada de forma honesta e consciente.

O problema maior surge quando o contrato não é cumprido pelo locatário, e a obrigação passa a ser de responsabilidade do fiador. Assumindo os riscos da fiança, arcará o fiador com o pagamento da dívida, ainda que possuidor de um único imóvel.

Se assim não fosse, abrir-se-ia margem para um atuar desleal e de extrema má-fé por parte do fiador que, protegido pela imunidade do bem de família, garantiria a obrigação locatícia apenas de modo fictício, sabendo que jamais terá seu imóvel expropriado.

Desta discussão surge o embate de duas normas: o direito de crédito do locador, que respeitou as cláusulas contratuais; e o direito social à moradia do fiador, que pode perder seu bem em razão do inadimplemento de seu afiançado.

Não é pelos discursos moralistas e demagogos que a questão deve ser solucionada. É muito mais fácil, e bonito, alegar que a moradia deve prevalecer incondicionalmente perante os demais direitos, pois se trata de medida para assegurar a dignidade da pessoa humana e a oportunidade desta família criar o caráter e personalidade de seus entes.

Porém, necessário que se faça uma calibragem da norma, com uma visão, além de ética, jurídica, na verificação das condutas e normas impostas pelo direito.

A garantia dada em locação é totalmente legal, sem qualquer abusividade e prejuízo para as partes do contrato. Trata-se, na realidade, de medida que permite que pessoas de menor renda, que tenham dificuldade para assegurar o cumprimento da avença, possam alugar um imóvel para a moradia de sua família, mediante a responsabilidade do fiador.

A fiança, muitas vezes, tem-se o locador como a única segurança. Não se mostra lógico, nem jurídico, que o bem ofertado em garantia se liberte desse ônus, em evidente quebra do direito adquirido do contratante credor da garantia, e do ato jurídico perfeito²¹⁵.

Ainda que se tenha por certo a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, o contrato deve ser respeitado nos moldes do que fora livremente pactuado. O fiador, ao

²¹⁵ O Autor utiliza o fundamento parafraseado para referir-se aos contratos reais de penhor e hipoteca, mas, a nosso ver, enquadra-se perfeitamente à garantia fidejussória (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei n. 8.009/90*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 199).

garantir a obrigação, não o faz de forma coagida ou forçada, mas por espontânea vontade. Se assim não fosse, estaríamos diante de vícios do contrato, aí sim permissivo de anulação.

É o próprio contrato que fornece a segurança jurídica para os contratantes. Desde que os interesses das partes estejam em equilíbrio e em harmonia, a quebra da confiança contida no instrumento viola a sua função social, enfraquecendo o contrato pela incerteza do cumprimento da avença.

Portanto, a possibilidade de penhora do bem de família não se mostra como uma violação constitucional que fere seus mais importantes princípios, mas como a consequência da liberalidade praticada pelo fiador ao dispor de seu bem.

Para JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “sendo o bem do fiador penhorável, o contrato se torna perfeito, cujos efeitos estendem-se a terceiros (erga omnes). Não se pode falar, assim, na desconstituição da garantia por ser esta um bem de família”²¹⁶.

Tornar o bem do fiador impenhorável é tornar o seu direito de propriedade indisponível. O proprietário possui a faculdade de dispor de seu bem, podendo, assim, ofertá-lo como garantia de uma obrigação.

Ademais, muitos brasileiros fazem da locação a renda para seu sustento. Retirar da garantia fidejussória a possibilidade de penhora fere, por completo, os interesses e direitos do locador, tendo por implicação, até mesmo, a violação da dignidade da pessoa humana deste último, uma vez que terá seu sustento e de sua família, prejudicado.

Sendo assim, não é apenas a ponderação do direito de crédito e do direito à moradia que devem ser levados em consideração para a solução deste conflito, mas também as implicações destes direitos. A mudança da regra contida no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 traz inúmeros prejuízos, não apenas ao locador, mas à própria sociedade, que se deparará com a insegurança contratual, a mitigação da livre iniciativa e a própria redução da oferta de moradia, ante a total incerteza do adimplemento obrigacional.

Portanto, imprescindível que se faça uma calibragem dos direitos em voga, verificando-se, na vida em sociedade, quais as consequências de se imunizar o bem de família do fiador de locação.

²¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Penhora sobre o bem do fiador de locação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 15.

5.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Como discutido acima, a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação não é uma aceitação unânime na doutrina pátria. A negativa da penhora pousa sob a já comentada decisão monocrática proferida pelo ex-Min. Carlos Velloso, no RE nº 352940/SP, em que este decidiu pela impenhorabilidade do indigitado bem, tendo em vista que a norma do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 mostrava-se incompatível com o art. 6º da CF, que recebeu, pela EC 26/2000, mais um direito social em seu rol, o da moradia. A partir de então, inúmeros Tribunais passaram a motivar suas decisões por meio da decisão monocrática deste Recurso Extraordinário, justificando assim o posicionamento no sentido de declarar a impenhorabilidade do bem do fiador dado em garantia.

Pois bem. De acordo com a cláusula de reserva de plenário, prevista na Constituição Federal em seu art. 97, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Como se nota, a decisão proferida pelo ex-Ministro Carlos Velloso carece de condição de eficácia jurídica no que tange ao fato de afastar a incidência da norma da Lei nº 8.009/90 que permite a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação.

Referida disposição goza de presunção de constitucionalidade, que somente poderia ser desconstituída pela manifestação qualificada do Pleno do Supremo Tribunal Federal ou por órgão especial de Tribunal.

Esse consenso quantitativamente apreciável se justifica como forma de somente se permitir o afastamento de norma ou ato normativo do poder público, pelo Poder Judiciário, quando tal situação reste deliberada por maioria.

É o que determina a Súmula Vinculante nº 10, publicada no ano de 2008: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A questão da constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 apenas foi devidamente solucionada por intermédio do julgamento, pelo Pleno, do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, sob a relatoria do Min. Cezar Pelluso.

Acordaram os Ministros do Supremo, sendo voto vencido os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos de Brito e Celso de Mello, que a “penhorabilidade do bem de família do

fiador de contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, **não ofende o art. 6º da Constituição da República**” (destaque da autora), como se lê pela ementa do acórdão:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (STF, RE 407688, Relator Min. CEZAR PELLUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006)

O posicionamento divergente, dos votos vencidos do Pleno, sustenta haver incongruência na regra da penhorabilidade do bem de família do fiador de locação, bem como violação à isonomia, posto que o fiador, mesmo solvendo a dívida, não poderá voltar-se, em ação regressiva, contra o bem do seu afiançado, este sim considerado como bem de família impenhorável, por força da regra da Lei nº 8.009/90. Conclui-se, assim, pela não-recepção do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90, após a vigência da EC 26/2000 que inseriu o direito à moradia no rol dos direitos sociais apregoador no art. 6º da Constituição Federal.

O Ministro Relator, por sua vez, para justificar seu posicionamento, alega que a exigência da fiança nos contratos de locação acaba por estimular e favorecer a oferta de imóveis para fins de locação habitacional, o que reforça o direito social à moradia.

Para ele, não se tem como invocar o princípio isonômico, pois se está diante de

[...] diversidade de situações factuais e de vocações normativas – a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo o direito inerente à condição de locador, não qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou JOSÉ EDUARDO FARIA, ‘os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios’.

Encerra o voto relatando que os fiadores não são obrigados a prestar fiança, sendo que romper a exceção da impenhorabilidade do bem de família acarretaria no colapso do equilíbrio de mercado, “despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para a

locação residencial, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Acompanhando o voto do Relator, pondera o Ministro Joaquim Barbosa que a questão centra-se no embate entre dois direitos fundamentais:

[...] de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige a prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

Na ponderação do conflito, conclui-se que uma vez os direitos fundamentais não sejam absolutos, podem ceder espaço para outro. Assim, tendo em vista que a fiança é a expressão da liberdade, quando o cidadão garante a obrigação locatícia, o faz por livre e espontânea vontade, colocando em risco, de forma consciente, a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado pela norma constitucional.

Em razão disso, também se posiciona pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, considerando legítima a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Desde então, os Tribunais Pátrios passaram a utilizar-se do precedente do RE 407.688/SP, não mais questionando a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE DEU PROVIMENTO, DE PLANO, AO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA AGRAVADA - PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 8.009/90, O QUAL EXCEPCIONA O IMÓVEL DO FIADOR DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA, JÁ CONFIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRETENSÃO RECURSAL MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, DIANTE DOS PRECEDENTES DO STF - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR, 11ª C.Cível, ARC 846853-3/01, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Relator Desembargador Antonio Domingos Ramina Junior – Unânime, J. 18.01.2012)

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS EXECUÇÃO FIADOR BEM IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA PENHORA POSSIBILIDADE RECURSO, NESTA PARTE, IMPROVIDO. O direito à moradia, previsto no artigo 6º, da Constituição da República, não afasta as exceções previstas no artigo 3º, da Lei nº 8009/90, inclusive o inciso VII (acrescentado pelo artigo 82, da Lei nº 8245/91 Lei do Inquilinato). (TJSP, 31ª C. de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.

0254110-82.2011.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Armando Toledo, Unânime, J. 19.12.2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. EXECUÇÃO DAS VERBAS LOCATÍCIAS. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. EXCLUSÃO DA IMPENHORABILIDADE EXPRESSA NA LEI. O legislador pátrio excepcionou a impenhorabilidade do bem de família na hipótese do gravame incidir sobre o bem de fiador, consoante disposição contida no inciso VII do art. 3º da Lei n.º 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei n.º 8.245/91. (TJDF, AGI 535219, 2ª Turma Cível, Relatora Desembargadora CARMELITA BRASIL, julgado em 22.06.2011, DJ 22.09.2011)

A matéria possuindo relevância do ponto de vista econômico, social e jurídico (art. 543-A, §1º do CPC), afetando grande número de famílias, bem como por se tratar de discussão consolidada nos Tribunais, possibilitando a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, reconheceu-se a *repercussão geral* da questão, conforme decisão da ex-Ministra Ellen Gracie, proferida em Recurso Extraordinário nº 612.360, julgado em 02 de setembro de 2010²¹⁷.

Tal entendimento coaduna-se com a tese defendida no decorrer deste trabalho. Em que pese a importância e a essencialidade do direito à moradia, considerado como um direito social, não pode este ser considerado como absoluto, a ponto de ofuscar todos os demais direitos fundamentais protegidos.

O fiador, ao garantir a obrigação locatícia, o faz de forma livre, com base no princípio da autonomia privada, estando consciente, desde o momento da assinatura do contrato acessório, dos riscos inerentes de sua conduta.

Declarar a inconstitucionalidade da norma contida no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 é de extrema prejudicialidade para o nosso direito, implicando em inúmeras consequências negativas, violadoras de importantes princípios, como a boa-fé objetiva e função social dos contratos, a livre iniciativa, liberdade de contratar, entre tantos outros.

O resultado disso tudo seria a própria falência do instituto da locação, uma vez que eivada de insegurança e incerteza, gerando, por via de consequência, um abalo no direito à moradia, consagrado, muitas vezes, por intermédio das relações locatícias.

²¹⁷ CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF, RE 612.360 RG, Relatora Min. ELLEN GRACIE, julgado em 13/08/2010, DJe-164 divulgado em 02-09-2010).

Por isso, para a manutenção da ordem jurídica e social, não bastam discursos emotivos, elevando o direito social à moradia em patamar intocável, mas a análise pormenorizada da matéria, para a efetiva calibragem do direito e conservação da justiça.

CONCLUSÃO

Para a conclusão do presente trabalho, cujo foco principal voltou-se para a possibilidade de penhora do bem de família do fiador de locação, foi necessária a análise de três questões primordiais: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Ultrapassada a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pelas premissas doutrinária e jurisprudencial brasileira e alemã, verifica-se que o direito fundamental inseriu-se na vida privada.

Porém, isso não quer dizer que princípios de relevante importância no direito civil acabaram por ser suprimidos pelos princípios constitucionais. O que ocorreu, na realidade, foi a harmonização de diversas normas jurídicas, adaptando-se às novas exigências sociais.

A propriedade privada, neste viés, passou a ser limitada pela função social, mas não perdeu seu caráter econômico e individual. A coisa, assim, deve exercer uma finalidade, punindo o ordenamento aquele proprietário que se mostra inerte, que não dá a destinação correta ao bem.

Indiscutível, porém, que a propriedade deve ser protegida como tal, e também no exercício de sua função social. Daí ser tão relevante a regra da impenhorabilidade do bem de família, protegendo, com isso, os citados direitos fundamentais e a própria entidade familiar.

O mesmo pode-se dizer em relação aos contratos, maior expressão do princípio da autonomia privada. O brocardo *pacta sunt servanda*, tanto utilizado nos negócios bilaterais, foi relativizado em razão do surgimento de novos princípios, como o da boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual, dentro outros.

O resultado dessa mitigação, contudo, não implica no extermínio da autonomia privada contratual. À luz da boa-fé objetiva e da função social, devem os contratantes respeitar o livremente pactuado, sob pena de desnaturar um dos institutos mais antigos do direito civil.

A abordagem dessa temática mostra-se essencial para a conclusão deste estudo. A mudança no cenário do ordenamento jurídico, com a aproximação do Direito Civil ao Constitucional, pode gerar inúmeros conflitos, os quais devem ser solucionados por meio da ponderação dos interesses e direitos em jogo.

A Lei nº 8.009/90, ao excepcionar a regra da impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação, acaba por preservar inúmeros interesses sociais, que vão além do direito à moradia.

Ao se possibilitar a penhora do bem de família do fiador, que o ofertou de forma livre e espontânea, preserva-se a relação obrigacional e da livre iniciativa. O próprio direito de moradia vê na locação um dos mais importantes meios de se exteriorizar.

A garantia locatícia, portanto, é essencial para o cumprimento de todos os referidos interesses, de âmbito individual e social. Se ofertada de forma voluntária, não pode o fiador, em evidente má-fé, pleitear a benesse da impenhorabilidade do bem de família.

Neste contexto, o art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90, instituído pela lei de locação, não deve ser visto apenas como um preservador do direito de crédito do locador e do mercado, mas como uma forma de manutenção dos ideais civilistas, preservando a conduta leal e proba daqueles que livremente se comprometem com a obrigação contratual.

Entre o Direito Civil e o Direito Constitucional deve haver eterna harmonia, não se podendo pretender o encerramento das regras civilistas com a aplicação sempre imediata da norma constitucional.

A ponderação do caso concreto, por meio da análise detida dos direitos em conflito, mostra-se como importante caminho para a calibragem dos princípios, cabendo ao Poder Judiciário, muitas vezes, exercer esse papel de pacificador e solucionador do embate de normas de direito.

Desta feita, por tudo o que foi esposado neste trabalho, diante das premissas apresentadas e dos argumentos defendidos, conclui-se que a decisão do STF, que declarou a constitucionalidade da norma que prevê a penhora do bem de família do fiador de locação, mostra-se como correta.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo I.
- _____; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Coisas (Arts. 1.196 a 1.224)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, tomo II
- ARIMATÉA, José Rodrigues. *O Direito de Propriedade: limitações e restrições públicas*. Franca: Lemes & Cruz, 2003.
- AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 53, out./dez. 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Do Bem de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARATA, Pedro Paulo Barradas. A Constituição e o Código Civil: reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 185-208, jan./mar. 2009.
- BARROS, Francisco Carlos Rocha. *Comentários à lei do inquilinato*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 58, ano 15, p. 129-173, jan./mar. 2007.

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARLI, Ana Alice de. *Bem de Família do Fiador e o Direito Humano Fundamental à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?* Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/45/45>>. Acesso em: 10 dez. 2011.
- COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado. In: LOTUFO, Renan. (Coord). *Direito Civil Constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord). *Direito Civil Constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. de Esp. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. Comentário aos arts. 1.196 a 1.224 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contrato: Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 669, p. 47-56, jul. 1991.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, n. 7, 1988.

_____. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. v. II.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: RCS, 2007.

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

_____. *Derecho constitucional e derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1955.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. A função social da propriedade na jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentário aos Arts. 1.196 a 1.510: Coisas. In: PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 4. ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2010.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Garantias locatícias de bens imóveis. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 108, p. 19-34, maio 2010.

MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Tiago Penido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o Supremo Tribunal Federal. In: Encontro Nacional do CONPEDI: as dimensões da personalidade na contemporaneidade, 18., 2009, Maringá. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. p. 7294-7320.

MEDINA, José Miguel Garcia; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 896, p. 35-60, jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leitura Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 36. ed. rev. atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: Direito de Família*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, dez. 1991.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Projeto de Código Civil: situações atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição do *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum: Universidade FUNEC*, v. 5, n. 2, jul/dez. 2010.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSAS, Roberto. O Novo Código Civil e a Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RUSSOMANO, Rosah. Função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, p. 263-268, jul./set. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STJ. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões Polêmicas e Atuais acerca da Fiança Locatícia. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revovar, 1999.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. *A função social do contrato privado: limites da liberdade de contratar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Penhora sobre o bem do fiador de locação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Civil: contratos em espécie*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3.

_____. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina, edição comemorativa, 20 anos. Brasília, DF: [s.n.], 2009. p. 559-581.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madri: Trota, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.