



**UNIALFA CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO**

**A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: O  
CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE  
CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA PARA FINS DE MORADIA**

**GOIÂNIA-GO**

**2021**

**WASHINGTON LUÍS MOREIRA BARROS**

**A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: O  
CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE  
CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA PARA FINS DE MORADIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Direito Constitucional Econômico, do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico.  
Orientador: Tulio Augusto Tayano Afonso

**GOIÂNIA-GO**

**2021**

B277a

Barros, Washington Luís Moreira

A constituição econômica e a função social da propriedade: o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação imobiliária para fins de moradia / Washington Luís Moreira Barros. – 2021.

119 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Tulio Augusto Tayano Afonso.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) - Mestrado em Direito – Goiânia, 2021.

1. Bem de família. 2 Análise econômica do direito. 3. Constituição econômica. I. Barros, Washington Luís Moreira. II. UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria. III. Título.

**CDU:** 347.466+347.235

## WASHINGTON LUÍS MOREIRA BARROS

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: O CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA PARA FINS DE MORADIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico.

Dissertação defendida e aprovada em 13 de abril de 2021, pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

**Prof. Dr. Tulio Augusto Tayano Afonso**  
Presidente da Banca

---

**Prof. Dr. Bruno César Lorencini**  
Avaliador Interno

---

**Prof. Dr<sup>a</sup>. Christina de Almeida Pedreira**  
Avaliadora Externa

Dedico esta dissertação aos meus pais e à minha irmã, meus familiares e especialmente à minha tia Abília, que me incentivou a optar pelo mestrado, em vez de comprar uma casa. Deus, em sua infinita graça me proporcionou ambos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, do qual sou servidor público, estatutário, há quase 10 anos, sendo nomeado e empossado em três concursos, pela graça divina. Agradeço ainda a EJUG – Escola Judicial, pela admirável iniciativa de conceder bolsa de estudos aos servidores e magistrados do Poder Judiciário goiano que se dispõem a alcançar um nível maior de aprendizado. Hoje, sou muito feliz e grato à EJUG, por proporcionar e patrocinar o desenvolvimento educacional e cultural de quem opera, exerce e leva justiça ao povo goiano, possibilitando, em última análise, uma prestação jurisdicional mais elevada e com maior qualidade técnica.

Desse modo, presto meus agradecimentos pela percepção de bolsa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* por parte do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Agradeço muito ao Prof. Dr. Tulio Augusto Tayano Afonso, que me acolheu como orientando, de forma tranquila, atentando ao que é importante, não se apegou a detalhes de menos importância e trouxe mais tranquilidade para a vida deste acadêmico. Trouxe-me paz para fazer o trabalho, o que é imprescindível para quem tem a necessidade de criar, realizar o exercício “físico” mais difícil de todos: pensar.

Agradeço, imensamente, ao Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto, uma pessoa altruísta, sempre disponível a me ajudar, desde o início, orientou mesmo antes de se falar em dissertação aos alunos, uma pessoa compreensiva, humana, adjetivo que pode parecer redundante, não é o que vemos no dia a dia da vida acadêmica. Agradeço de forma emocionada, pois o senhor não deixou que me sentisse sozinho nessa fase tão difícil e solitária do mestrando, que se vê “num mato sem cachorro”, perdido, muitas vezes, sem saber o que fazer, com pouco material, com muito material, não sabendo como inovar, o que escrever, onde pesquisar. Como eu disse, às vezes dá vontade de sentar no meio-fio e desistir de tudo, mas o senhor não me permitiu desistir, me mostrou uma luz no fim do túnel, sustentando que seria possível iniciar e terminar esta pesquisa com qualidade. Agradeço pela postura do senhor na minha banca de qualificação, que permitiu que eu salvasse meu trabalho e todo esforço já realizado em mais de um ano. Muito obrigado, professor. Sempre estará na memória deste eterno aprendiz e, se Deus permitir

estar na posição de professor, avaliador, a forma carinhosa do senhor será meu norte em relação aos alunos avaliados. Também, quando juiz, serei sereno e humano com o jurisdicionado, quem quer que seja.

Agradeço, ainda, a todos os meus colegas de turma, especialmente Andrey da Silva Carvalho, a tranquilidade em pessoa, ajudou-me nos momentos mais angustiantes, por telefone, sempre transmitindo uma mensagem positiva, de que tudo iria dar certo, com ideias práticas de agilizar o trabalho, daí ele, sempre em uma resenha e feliz, me dava clareza de que seria possível.

Por fim, os agradecimentos vão aos colegas Filype Rodrigues Gama e Leonardo, companheiros dos trabalhos em grupo, trocando informações de forma sigilosa entre nós, podendo desabafar falas que não poderiam sair dali, nos auxiliando desde o primeiro trabalho do programa de mestrado. Agradeço por fazer os cálculos e escolher as matérias e professores, nem sempre os melhores, nunca soube montar grade, essa foi a primeira vez na minha vida e espero que seja a última.

São tantos os agradecimentos... Agradeço a UNIALFA, pela experiência incrível e marcante, o primeiro ano do programa foi fantástico, as aulas presenciais excelentes, o ambiente muito agradável com os alunos e professores... O segundo ano foi repleto de desafios, cobrança, estresse e muito trabalho, mas tudo é válido para o crescimento pessoal. Agradeço muito.

### **Provérbios de Salomão Capítulo 6**

Versículo 1: Filho meu, se ficaste por fiador do teu companheiro, se deste a tua mão ao estranho,

Versículo 2: enredaste-te com as palavras da tua boca, prendeste-te com as palavras da tua boca.

Versículo 3: Faze, pois isto agora, filho meu, e livra-te, pois já caíste nas mãos do teu companheiro: vai, humilha-te e importuna o teu companheiro;

Versículo 4: não dês sono aos teus olhos, nem repouso às tuas pálpebras;

Versículo 5: livra-te como a gazela, da mão do caçador e, como a ave, da mão do passarinho.



## RESUMO

A presente dissertação realiza um estudo da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação imobiliária para fins de moradia à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica e financeira. O objetivo deste trabalho é abordar a análise econômica da função social da propriedade privada e da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Em sede constitucional, tem foco no princípio da propriedade privada e princípio da função social da propriedade, descritos nos incisos II e III do Artigo 170 da Constituição da República. Infraconstitucionalmente, a atenção volta-se para os artigos 82 da Lei 8.245 de 1991, que introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, o inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Ambos os dispositivos legais e constitucionais, bem como o direito social à moradia, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 26/2000, assim como o princípio da isonomia (igualdade) e da dignidade da pessoa humana encerram os protagonistas jurídicos desta dissertação que tem, também, um olhar econômico. A hipótese proposta coaduna-se plenamente com o conteúdo dos direitos sociais e dos princípios da ordem econômica impressos na Constituição Federal. Analisou-se, também, o conceito de fiança, seus requisitos, características, efeitos, modalidades e extinção. Foi examinada toda a questão alicerçada no princípio da igualdade material, quanto ao tratamento diferenciado entre fiador e afiançado, a garantia constitucional da moradia, eficácia da norma constitucional. Levantou-se, ademais, o aspecto mercadológico, utilitarista, pragmático e consquencialista da decisão judicial, quais efeitos poderiam ser observados a longo prazo, tarefa da análise econômica do direito. Confrontadas ainda as duas interpretações sobre o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 às premissas de maximização racional, equilíbrio, custos de transação, eficiência e norma enquanto estrutura de incentivos. O resultado obtido e que pode ser confirmado por pesquisas que demonstram a preferência, ao menos no estado de São Paulo, pela utilização da garantia fidejussória como a principal e mais utilizada para endossar a locação, pois, em praticamente todos os meses, ela sobrepujou todas as demais modalidades previstas na lei e permitidas aos contratantes. Segundo a hermenêutica proposta pela Análise Econômica do Direito, o individualismo metodológico, os custos de transação e a eficiência são conceitos

centrais a partir dos quais o Direito é compreendido. A eficiência, na concepção economicista, está intimamente ligada à escassez de recursos e à verificação do *trade off* operado nas suas alocações. Neste ponto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal caminhou bem nesse sentido, pois procurou manter a viabilidade de um mercado tão importante para quem não possui imóvel próprio e proporcionou acesso mais fácil a quem não pode utilizar outra forma de garantia, visto que a fiança tem-se mostrado a menos custosa.

**Palavras-chave:** Bem de família. Análise econômica do direito. Constituição econômica. Fiança locatícia. Direito social de moradia.

## **ABSTRACT**

This dissertation carries out a study of the pledge of the family property of the guarantor of the real estate lease for housing purposes in the light of the constitutional principles of the economic and financial order. The aim of this paper is to address the economic analysis of the social function of private property and the attachment of the family property of the guarantor of the lease. In constitutional terms, it focuses on the principle of private property and the principle of the social function of property, described in items II and III of Article 170 of the Constitution of the Republic. Infraconstitutionally, attention turns to articles 82 of Law 8,245 of 1991, which introduced item VII of article 3 of Law 8,009 of 1990 into the national legal system, which provides for the immunity of the family property. Both the legal and constitutional provisions, as well as the social right to housing, inserted in the constitutional text by Amendment No. 26/2000, as well as the principle of isonomy (equality) and the dignity of the human person, comprise the legal protagonists of this dissertation that has, also, an economic look. The proposed hypothesis is fully consistent with the content of social rights and the principles of economic order printed in the Federal Constitution. The concept of bail, its requirements, characteristics, effects, modalities and extinction were also analyzed. The whole question based on the principle of material equality was examined, with regard to the different treatment between guarantor and guarantor, the constitutional guarantee of housing, the effectiveness of the constitutional rule. The market, utilitarian, pragmatic and consquentialist aspect of the judicial decision was also raised, which effects could be observed in the long term, the task of the economic analysis of the law. The two interpretations of Article 82 of Law 8,245 of 1991 are also compared to the premises of rational maximization, balance, transaction costs, efficiency and norm as an incentive structure. The result obtained and which can be confirmed by research that shows the preference, at least in the state of São Paulo, for the use of the personal guarantee as the main and most used to endorse the lease, since in almost every month it surpassed all other modalities provided for by law and permitted to contractors. According to the hermeneutics proposed by the Economic Analysis of Law, methodological individualism, transaction costs and efficiency are central

concepts from which Law is understood. Efficiency, in the economist conception, is closely linked to the scarcity of resources and to the verification of the trade off operated in its allocations. At this point, it appears that the Federal Supreme Court went well in this direction, as it sought to maintain the viability of such an important market for those who do not have their own property and provided easier access for those who cannot use another form of guarantee, as the bail has been shown to be less costly.

**Keywords:** Family good. Economic analysis of the law. Economic constitution. Rental bail. Social right of housing.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....</b>	<b>17</b>
2.1 Da propriedade Privada no ordenamento jurídico pátrio .....	20
2.2 Função social da propriedade .....	26
<b>3 DA (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA.....</b>	<b>38</b>
3.1 Do contrato de locação e garantias legais.....	38
3.2 Da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador na locação residencial .....	42
3.3 A Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.....	49
3.4 Da tese 295 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça. ....	56
3.5 A posição da doutrina.....	61
<b>4 DIMENSÃO ECONÔMICA DO DIREITO DE MORADIA.....</b>	<b>69</b>
4.1 Análise Econômica do Direito: origens e contribuições .....	69
4.2 Fundamentos da Análise Econômica do Direito .....	79
4.3 Análise Econômica da Penhorabilidade do Bem de Família do fiador dos contratos de locação imobiliária .....	82
4.3.1 O "trade off" (custo de oportunidade) entre eficiência e equidade no direito de moradia.....	89
<b>5 CONCLUSÕES .....</b>	<b>104</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais evoluíram até os dias atuais como consequência do próprio desenvolvimento da sociedade. Destes, surgiram (ou foram reconhecidos) direitos básicos ao indivíduo.

O direito à moradia figura entre os chamados direitos sociais, um dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Disposta expressamente na Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 26/2000, essa garantia constitucional tem como razão de ser a dignidade da pessoa humana.

Dentro de uma relação processual, o instituto da penhora é um dos meios judiciais disponíveis para garantir a execução de uma dívida líquida e certa, seja essa de qualquer natureza, através da expropriação de bens, que podem ser constrictos para o pagamento da dívida de seu proprietário, devidamente corrigido.

No ano de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.009, que trata da impenhorabilidade do bem de família, traz, em seus artigos, preceitos de ordem pública para proteger o patrimônio mínimo da pessoa, inclusive o direito de moradia e da dignidade humana. Contudo, em seu art. 3º, há exceções à regra da impenhorabilidade dos bens ali protegidos.

Em 1991, foi promulgada a Lei nº 8.245, que trata das locações de imóveis urbanos, alterando a Lei 8.009 para adicionar a última das exceções, sendo esta a mais polêmica, pois permite que o bem de família do fiador locatício seja executado ante a inadimplência do locatário, opção legislativa duramente criticada por juristas brasileiros, discussão que foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), porquanto fora confrontada após a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, que reativou toda a discussão acerca do tema, pois doutrinadores e aplicadores do Direito argumentavam no sentido de a Emenda não ter recepcionado o art. 3º, VII, da lei de proteção do bem de família.

De fato, a própria jurisprudência dos tribunais superiores não era unânime quando abordava o assunto. Os integrantes do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal dividiam-se entre a compatibilidade do texto legal à Constituição ou pela afronta aos princípios constitucionais. Tal fato gerava uma insegurança jurídica, a qual necessitava uma posição final do Poder Judiciário.

O caso julgado pelo Recurso Extraordinário nº 407.688/SP representou um marco no debate sobre o tema, pois o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do Art. 3º, VII da Lei 8.009/90.

Embora a questão tenha sido decidida pela Corte Suprema do Brasil, com admissão da exceção legal, o tema ainda é bastante discutido doutrinariamente e tem impactos no mercado imobiliário, uma vez que estão, no cerne da contenda, direitos fundamentais em conflito: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da isonomia e o direito fundamental social à moradia.

Em razão de toda essa discussão sobre a recepção, ou não, do art. 3º, VII, da Lei nº 8009/90 pela Emenda Constitucional nº 26/2000, o presente estudo propõe-se a analisar o problema que abrange a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Através de uma pesquisa descritiva doutrinária e jurisprudencial, intentou-se abordar a perspectiva da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia, bem como da dimensão econômica do direito de moradia e dos impactos a longo prazo do resultado da posição judicial, favorável ou contrária, ao disposto na lei ordinária.

Na busca pela elucidação do bem de família, tenciona-se mostrar a importância do tema para sociedade e para o ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo dois, ao tratar da Constituição, em seu aspecto econômico, aborda o direito constitucionalmente protegido à propriedade privada, sendo este ainda um dos princípios gerais da atividade econômica, norteadora da ordem econômica. Como não poderia deixar de mencionar, disserta-se acerca da função social da propriedade, característica, como se verá, intrínseca e indissolúvel à propriedade privada. Tal função social também figura como princípio geral da atividade econômica e exerce função deveras importante em toda ordem econômica e social.

O capítulo três aprofunda-se a respeito da questão do bem de família, conceito, características e regime legal. Versa ainda acerca das exceções à impenhorabilidade do bem de família, mormente da exclusão do fiador de contrato de locação acrescentada pela Lei nº 8.245/91, que trata da locação de imóveis urbanos. Cuida, ademais, das modalidades de garantias ao proprietário previstas na lei de locações e as vedações também previstas em lei, bem como as sanções do descumprimento da norma. Diferencia-se o conceito de bem de família legal, do

convencional. Dedicar-se a explicar a posição do Supremo Tribunal Federal, detalhando os argumentos e posições jurídicas e econômicas de cada ministro.

Busca-se fazer uma análise crítica quanto aos argumentos utilizados pelos Ministros adeptos à recepção, confrontando-os com os votos dos Ministros vencidos e com a moderna hermenêutica constitucional de interpretar a legislação infraconstitucional a partir de parâmetros da própria Constituição da República.

Por fim, ocupa-se em demonstrar a pacificação do tema por meio do instituto dos recursos repetitivos, culminando em tese firmada pelo STF. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça segue o entendimento do Pretório Excelso alicerçando sua conclusão em enunciado de súmula. Não menos importante, destaca-se a erudição dos doutrinadores a respeito do tema, colacionando diversas manifestações daqueles que também são fonte do direito (interpretação doutrinária).

Por sua vez, o capítulo quatro focaliza, de modo mais detalhado, a questão da econômica do direito de moradia manifestada na lei que permitiu a penhora do único bem do fiador de contrato de locação, das possíveis consequências da decisão judicial que refletisse na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo, no mercado imobiliário como um todo, haja vista que, em razão do instituto dos recursos repetitivos, o caso tratado no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP retrataria uma série de situações idênticas que teriam força de mudar os estímulos de proprietários, empresas imobiliárias, locadores, locatários, fiadores, como agentes econômicos e do mercado imobiliário como um todo. Lida também com o fim da proteção do bem de família do fiador locatício e os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicabilidade, principalmente quando confrontado com o direito fundamental social à moradia.

Buscou-se também fazer uma análise econômica sobre o tema, de maneira a observar as possíveis consequências e utilidades para o mercado a partir da decisão do STF, que, em recursos repetitivos, merece observância de todo Poder Judiciário, conforme prevê o Código de Processo Civil.

Este trabalho foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, com bases conceituais desenvolvidas por pesquisa bibliográfica.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é abordar o aspecto econômico da função social da propriedade privada e da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação.



## 2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O Código Civil de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, fruto da doutrina individualista e voluntarista ante a influência do Código de Napoleão, consagrou a separação entre a sociedade civil e o Estado, visando proteger a liberdade do indivíduo contra o Poder Público.

Os ideais iluministas preconizavam o individualismo, liberalismo, racionalismo, voluntarismo e patrimonialismo, que influenciavam o pensamento jurídico desde o fim do século XVIII ao início do século XX, com o Código Napoleônico, BGB alemão e o Código Civil Brasileiro de 1916.

O contrato, a propriedade e o princípio da autonomia da vontade eram os fundamentos do sistema individualista. Entendia-se que, se asseguradas a propriedade, a liberdade de contratar e a força dos contratos, proteger-se-ia o indivíduo do intervencionismo estatal.

O Código Civil anterior buscava completude, pretendendo tornar-se a Constituição do direito privado. Com a evolução humana, as relações jurídicas foram se diversificando, por isso, os códigos foram se tornando insuficientes para regular os fatos jurídicos. Ante a essa necessidade, surgiram os microsistemas por leis esparsas, retirando do Código Civil a centralidade do sistema, fenômeno conhecido como descodificação do direito civil.

Conhecido como Constituição do direito privado, diante do regramento a todas as relações privadas possíveis, disciplinava quatro principais institutos: o marido, o contratante, o proprietário e o testador.

A Carta Magna, por sua vez, era entendida como mera carta política, destinatária ao legislador ordinário.

Diante das crises ocorridas no século XX, o Estado passou a intervir nas relações patrimoniais privadas, fato que comprometeu a exclusividade do Código Civil com a criação de leis e estatutos, também conhecidos como microsistemas, que introduziram valores não patrimoniais, de origem social, pautados na proteção da dignidade da pessoa humana, com o fito de combater os excessos das lutas de classes, bem como a imposição da vontade de majorias versus minorias, retirando destas o mínimo constitucionalmente garantido.

Com a edição dos microssistemas, o Código Civil perdeu sua completude e a denominação de “Constituição do Direito Privado”.

Nesse cenário de desigualdades resultantes da não intervenção estatal, o Estado Liberal evoluiu para o Estado do Bem-Estar Social, fulcrado em uma constituição centralizadora, unificando novamente todo o sistema jurídico, porquanto tomara para si a definição dos limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, proteção da família, dentre outros aspectos tipicamente do direito privado.

O direito civil tem como objeto a regulamentação das relações sociais travadas entre as pessoas, desde o nascimento, garantindo, inclusive, os direitos dos ainda não nascidos, até a extinção da personalidade jurídica com a morte do homem.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2011, p. 59) reportam a Francisco Amaral, o qual conceitua Direito Civil como sendo “conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. É o direito privado comum, geral ou ordinário. De modo analítico, é o direito que regula a pessoa, na sua existência e atividade, a família e o patrimônio”.

Atualmente, é inconteste a supremacia constitucional e, em razão disso, “visão constitucional” do Direito Civil torna-se necessária, sob pena de exclusão do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade material.

Não obstante, a Constituição estar no topo do sistema jurídico de um país, no Brasil, fez-se o costume de desrespeitar a Lei Maior. A preocupação com o cumprimento das determinações constitucionais deu-se após a Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a Constituição Cidadã reconstruiu a lógica jurídica, com seus ideais sociais de cidadania e dignidade da pessoa humana, afastando-se o Direito Constitucional da ciência política, aproximando-se das necessidades da população.

Não se pode olvidar que, neste aspecto, Estado Social de Direito é aquele que regula a ordem social e econômica, bem como limita o Poder Público. Com o fim de adaptar o Direito aos anseios da sociedade, a Constituição Federal de 1988 utilizou sua posição hierarquicamente superior às demais para ir além disso, tutelando direitos e garantias, incumbindo ao próprio Estado a prestação delas.

A atual Constituição e os microssistemas, como o Estatuto do Idoso, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto da Mulher Casada, dentre outros, atentaram para a defesa de minorias esquecidas pelo individualismo e patrimonialismo oitocentistas, proporcionando maior dignidade e igualdade material aos abrangidos por eles.

A constitucionalização do Direito Civil visa à satisfação dos direitos fundamentais, além da realização genuína de um Estado Social e Democrático de Direito irradiando efeitos nas relações entre os particulares.

O novel ordenamento jurídico, inaugurado pela promulgação da Constituição Cidadã, assumiu uma proteção concreta ao indivíduo, antes esquecido pela Lei Maior, adotando nova carga valorativa, os institutos civis ganharam uma regulamentação fundamental em sede constitucional.

Ao contrário do que afirma parte da doutrina, a constitucionalização do direito civil não implica somente estabelecer limites externos à atividade privada, impõe-se uma nova releitura dos institutos privados, reformulando-os em seu conteúdo, o que altera a estrutura dos institutos fundamentais do Direito Civil para se adequarem à nova perspectiva constitucional.

É de se notar que os litígios hodiernos que permeiam a ordem cível exigem solução a partir dos princípios constitucionais e da valorização da pessoa humana como destinatária do Direito e maior valor a ser tutelado.

Neste sentido, Farias e Rosenvald (2011, p. 68) exemplificam:

A possibilidade de mudança de sexo (união homoafetiva), a clonagem de seres humanos, a permissão para experimentos científicos em corpos humanos... exigem interpretação afinada com o toque da dignidade humana e da igualdade substancial. Do contrário, haverá verdadeiro espancamento da regra constitucional, subvertendo o sistema.

Os mestres didaticamente continuam (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 69): “A necessária promoção dos valores e princípios constitucionais tem, ainda, o condão de propiciar proteção a grupos minoritários antes abandonados à própria sorte, como as minorias étnicas, religiosas e sexuais”.

A Constituição conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, elevando-os ao status de norma constitucional, direitos e garantias fundamentais do cidadão, realçando a releitura do intérprete civilista para os

princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e igualdade material.

Ademais, cabe ao intérprete do Direito Civil proteger a vida humana e pacificar a sociedade, projetando a dimensão da pessoa humana e seus valores fundamentais, cujo olhar volta-se para a segurança da pessoa e não mais para o seu patrimônio.

## **2.1 Da propriedade privada no ordenamento jurídico pátrio**

O direito de propriedade é abordado na Constituição através de duas perspectivas: a primeira é sobre o reconhecimento do direito de propriedade e as implicações desse mesmo direito nos objetivos da República.

Neste sentido, observa-se, no artigo 1º, inciso III, da carta constitucional brasileira “a dignidade da pessoa humana” como um de seus princípios fundamentais, de modo que pode ser notado um cenário patrimonial mínimo que compõe o mínimo existencial (CORTIANO JÚNIOR, 2014).

A Teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo prevê que todas as normas civis devem resguardar um mínimo de patrimônio, com intuito de que cada indivíduo tenha vida digna (MELO FILHO, 2017).

Seguindo o mesmo pensamento, a Constituição Federal traz a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um de seus objetivos fundamentais em seu artigo 3, inciso III. Ainda cita, no artigo 170, inciso VII, como um dos princípios da ordem econômica, a “redução das desigualdades regionais e sociais” (BRASIL, 1988). Para cumprir esse objetivo, a Carta Magna traz, em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, e garante, no inciso XXII, o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

Também, em seu artigo 170, inciso II, traz a “propriedade privada” como um dos princípios do ordenamento econômico brasileiro que é fundado através da “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” que “tem por fim assegurar a todos existência digna”.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais (BRASIL, 1988, Art. 170, II, III, VII);

Em seguida, no artigo 182, sobre a política de desenvolvimento urbano, que deve ser executada pelo Poder Público municipal, conforme legislação pertinente que tem como objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988, Art. 182, § 1º e 2º).

Logo após, tem-se a regulação da política agrícola e fundiária, em seu artigo 186, que aborda a função social do imóvel rural e seus componentes de sustentabilidade (sociedade, economia e meio ambiente).

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988, Art. 186, I, II, III, IV).

Ainda, em seu artigo 5º, inciso XXVII, a Lei maior garante a proteção à criação intelectual como direito autoral patrimonializado e sucessível, garantindo o direito de herança no mesmo artigo.

Art. 5º (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XXX - é garantido o direito de herança (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXVII e XXX).

Por fim, a Constituição Federal aborda, em seus artigos 183 e 191, a necessidade de registrar os dispositivos regulatórios da usucapião constitucional, que é apontado pelas medidas protetivas da moradia e valorização da posse-trabalho.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (BRASIL, 1988, Art. 183 e 191).

Diante desses contextos abordados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se que a propriedade privada é um direito do cidadão ao qual o proprietário pode usufruir, gozar e dispor da coisa sem deixar de cumprir com sua função social prevista na legislação.

A tributação, inerente ao direito de propriedade, por sua vez, tem o objetivo de constranger cada membro da sociedade a contribuir para o financiamento do Estado (MOSTESQUIEU, 2000, p. 221), levando em consideração o pacto social acordado para construção e manutenção do Estado (Rousseau, 2001, p. 9-10). Neste sentido, entende-se que, como o Estado tem a obrigação de prestar serviços sociais de forma difusa, cabe aos cidadãos o dever fundamental do pagamento de impostos para cumprir o princípio da solidariedade que deve haver entre os membros da sociedade.

Neste sentido, Domingos e Cunha (2020) afirmam que:

Para obter o desenvolvimento pleno da pessoa humana e atingir as metas do milênio, resta claro que tanto o Estado quanto a sociedade devem buscar meios para sua realização. Desta feita, o caminho para atingir estes objetivos apontam a tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento.

Leão e Freitas (2017) assinalam que os objetivos da tributação podem ter uma interpretação liberal e a interpretação social da propriedade privada.

Segundo a interpretação liberal, o patrimônio individual é definido de acordo com a situação pré-tributária, anterior à atuação estatal, sendo a tributação uma limitação do direito à propriedade. Em contraposição, de acordo com a interpretação social, deve-se definir o patrimônio individual como o resultado pós-tributário, pois a legislação, inclusive a tributária, é quem *cria* a propriedade. As pessoas não têm direito natural à propriedade, elas têm direito apenas ao patrimônio pós-tributário (LEÃO e FREITAS, 2017, p.1089-1090).

A tributação está imposta na Lei Maior em seus artigos 153, 155 e 156, em que a União, Estados/ Distrito Federal e Municípios são os responsáveis pela instituição de impostos, incluindo os de renda e propriedade urbana e rural. Podem ser citados como exemplo o Imposto de Renda – IR, Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

III - propriedade de veículos automotores.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (BRASIL, 1988, Art. 153, III, VI e VII, Art. 155, I e III, Art. 156, I e II).

No § 1º do artigo 145, tem-se a limitação graduada do recolhimento de impostos de acordo com o poder aquisitivo econômico do contribuinte.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988, Art. 145, § 1º).

Por fim, em seu artigo 150, inciso I, a Constituição traz a obrigatoriedade da exigência e do aumento da tributação sem lei. No mesmo artigo, no inciso IV, é abordada a impossibilidade da cobrança de impostos com efeito de confisco. Ainda no artigo supracitado, no inciso VI, alíneas a e c, tem-se a proibição da instituição de

impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros e dos partidos políticos.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (BRASIL, 1988, I, IV e VI, a e c);

A desapropriação, cuja origem da palavra deriva do latim *propriu*, trata da perda da propriedade de alguém. Entretanto, devido ao desenvolvimento social e aos processos históricos evolutivos, esse conceito foi tomando direção mais complexa, devido ao conflito com o direito de propriedade (CASTILHO, 2014).

Di Pietro (2012) *apud* Castilho (2014), define a desapropriação como “procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o por justa indenização”.

Quando houver necessidade, utilidade pública ou interesse social, a desapropriação da propriedade privada deve ser assegurada justa e prévia indenização em dinheiro, como prevê o inciso XXIV, do artigo 5º da Carta Constitucional. No inciso XXV, do mesmo artigo, a Constituição expõe que, em casos de perigo iminente para a população, a autoridade competente poderá fazer uso da propriedade particular garantindo posterior indenização ao titular. Neste mesmo sentido, em casos de comoção nacional grave ou em fatos que comprovem alguma ineficácia tomada durante o estado de defesa, ao poder público permite a requisição de bens, causando uma restrição temporária no direito de propriedade.

Art. 5. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Art. 139. VII – requisição de bens (BRASIL, 1988, Art. 5, XXIV e XXV, Art. 139);



Para fins de reforma agrária, a desapropriação por interesse social está prevista nos artigos 184 e 185 da Carta Magna. Em caso de não cumprimento da função social, também mediante ao pagamento de justa indenização em títulos de dívidas agrárias, a União pode desapropriar áreas com intuito de reforma agrária. Pequenos e médios proprietários rurais e propriedades produtivas não são passíveis de desapropriação.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social (BRASIL, 1988, Art. 184, § 1º a 5º, Art. 185, I e II).

No caso de imóveis urbanos, o imóvel que não cumpre seu adequado aproveitamento é passivo de desapropriação, mediante a prévia e justa indenização em dinheiro, como previsto no artigo 182, § 3º da Constituição.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (BRASIL, 1988, Art. 182, § 3º).

Em casos da plantação ou semeadura de culturas proibidas ou proveito de trabalho escravo, a Constituição estabelece a expropriação da propriedade privada sem direito à indenização, com destinação de programas de habitação popular ou reforma agrária, como está disposto em seu artigo 243.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (BRASIL, 1988, Art. 243).

## 2.2 Função social da propriedade

A função social da propriedade, segundo Chagas (2002), nada mais é do que “dar sentido mais amplo ao conceito econômico de propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens que satisfaçam as necessidades sociais”. Neste sentido, Martins (2019) afirma que “a propriedade não é só um direito, mas também um dever. É um direito do proprietário de ter para si a coisa e também um dever dele para com a coletividade de que essa propriedade produza frutos e atinja sua função social.”

O conceito de função social da propriedade começou a ser implantado na Antiguidade. Segundo Bertuol (2008):

O conceito da função social da propriedade recebeu relevantes contribuições da Igreja medieval e sua doutrina. Desde Santo Ambrósio, que condenava o abuso do homem no uso dos bens dados por Deus, Santo Agostinho, que via a propriedade como um direito com vistas ao bem comum, até os pontífices, mais especificamente o Papa Leão XIII, que com sua encíclica papal passou a se discutir sobre a contribuição da propriedade ao bem comum.

Chalhub (2003) confirma essa ideia ao afirmar que a função social da propriedade merece um enfoque da doutrina cristã na Idade Média. Ainda o este mesmo autor relata que, a partir do final do século XIX, ganhou atenção especial, vindo a ser consagrada em constituições contemporâneas.

A função social da propriedade demonstra uma amplitude do direito privado, nos termos em que vigora o limite de um direito outrora considerado como absoluto, mas hodiernamente adequando-se aos ditames relacionados à Dignidade Humana e Justiça Social.

Chalhub (2003) afirma que diferentemente da concepção individualista que proporcionava privilégios apenas ao titular da propriedade, a tutela da propriedade,

passa a ser também de interesse social. O autor confirma esse fato com a ideia de Orlando Gomes, que assevera: “o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse (GOMES, 2017, p. 107).”

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, ficou definida a preocupação de garantir o uso da propriedade em consonância com as diretrizes existentes de bem comum, afastando-se do *plena in re potestas* e adquirindo cada vez mais um caráter publicista (BARRETO, 2005).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXIII, “a propriedade atenderá a sua função social”, atendendo *Caput* que conota sobre a igualdade de todos perante a lei, especificando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Seguindo claramente o conceito da constituição, o Código Civil dispôs, em seu artigo 1.228, § 1º, que:

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Porém, o titular continua usufruindo os benefícios da propriedade, como pondera Melo (2013):

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Tais restrições seriam limites negativos aos direitos do proprietário. A noção de função social da propriedade relaciona-se com a capacidade produtiva da propriedade, ou seja, trata-se do poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo.

Assim como expressa, no Código Civil em seu artigo 1.228, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002). Diante desses conceitos, pode-se entender que a propriedade abandonou a ideia de tutela única e exclusiva do proprietário e passou a ter uma função perante a sociedade.

No Direito Romano (449 a. C. até 530 d. C.), a propriedade era caracterizada como direito absoluto, ou seja, não existiam quaisquer limitações ou restrições para seu titular usufruir do uso, do gozo ou dispor da coisa. Os legistas daquele período entendiam que a propriedade era dividida em três faces: *usus* (o poder de utilizar-se da coisa); o *fructus* (o poder de perceber frutos ou produtos do bem); e o *abusus* (o poder de consumir ou alienar a coisa) (SOARES, 2011).

Nones (2009) também reforça a ideia de que, naquela época, a propriedade torna-se um direito absoluto e com exclusividade que admite ao titular da coisa utilizá-la em toda a utilidade econômica que ela comporta. O mesmo autor cita que essa ideia é traduzida pelos intérpretes modernos como *jus fruendi*, *jus utendi* et *jus abutendi*, e ainda explica:

O *jus fruendi*, para o proprietário, explicita o direito de receber os frutos e os produtos da res (coisa); o *jus utendi*, o direito de usá-la; e o *jus abutendi* é o direito de gozar ou de não gozar do bem (coisa), destruí-la e, sobretudo, dela dispor juridicamente, aliená-la, seja a título gratuito (doação) ou oneroso (venda, troca etc.), seja entre vivos, por causa mortis, testamento ou legado (NONES, 2009, p. 109).

Soares (2011) ainda afirma que, com o passar do tempo, surgiu a Lei das Doze Tábuas (450 a. C.), que impôs o primeiro limite ao direito de propriedade, conhecido como limite Legal, que impunha medidas protetivas contra atitudes consideradas atentatórias à presença desses poderes sobre as coisas, como, por exemplo, o furto, danos provocados por animais em propriedade de outrem e entre outros. Surgiram, então, as primeiras leis sobre condomínio e vizinhança.

Barreto (2005) conta que, à época no direito romano, a propriedade já mais não se constituía como um direito absoluto.

Assim, durante o sistema feudal, tem-se a distinção de proprietário e possuidor, como descrevem Souza e Santos (2019, p. 117):

... durante o sistema feudal (que durou até o século XV) surgem as figuras do possuidor e do proprietário de forma distinta. O senhor Feudal, o suserano, proprietário, cedia à posse ao vassalo que se utilizava da terra. Com o declínio do feudalismo e o surgimento e fortalecimento da classe burguesa, o sistema de governo se modificou para a monarquia e, a propriedade de todas as terras foi transferida ao monarca, que, com o intuito de incrementar o erário, passou a explorá-las na forma de imposição de pesados tributos.

Complementando a ideia, Barreto (2005) afirma que, à época, com a formação da classe burguesa, estabeleceu-se o envolvimento social com o desdobramento da atividade comercial e o florescimento das cidades, sendo que esse fato desestabilizou a nobreza feudal, o que causou a tal transformação no regime. Além disso, segundo o autor supracitado, a grande transformação do regime aconteceu com a Revolução Francesa (1789-1799), quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, alicerçada em Locke (1632-1704), predizia que a propriedade seria "uma barreira intransponível para o Estado: um direito natural". Isso significa que a propriedade ainda possui grande caráter individualista, mesmo que não fosse de todo limitado.

Souza e Santos (2019) afirmam que, com o passar dos anos, tal concepção foi passando por várias alterações, sendo possível citar: Proudhon (1809-1865), que considerava a propriedade individual como "um roubo"; Marx (1818-1883), ao pregar a destruição da propriedade privada; e Comte (1798-1857), que aplainava a base da funcionalidade da propriedade, ainda que privada.

Pouco tempo depois, mais precisamente em 1880, surgiu o advento dos ideais de Estado do Bem-Estar Social, quando a propriedade passa a caracterizar-se como uma forma de se garantir o desenvolvimento social em todos os aspectos (cultural, econômico, social, entre outros). Naquela época, começou a discussão sobre a função da propriedade, colocando-a também com aspecto coletivo e não apenas absoluto (MELO, 2013; LOPES, 2014).

Já entre os anos de 1911 e 1921, a função social da terra foi definida de forma contundente por Leon Duguit, ao afirmar que a propriedade não é um direito, mas uma função social, tem-se, assim, que:

... a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma "função social" a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de propriedade estão protegidos. Se não os cumpre, ou deixa arruinar-se sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigar-lhe a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino (DUGUIT, 1911, p. 22, 36).

O princípio da função social da propriedade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro através da emenda Constitucional nº 10, de novembro de 1964, e ganhou mais notoriedade na Constituição Federal de 1967, provocando drástica mudança na

ideia de propriedade que antes se conceituava. Posteriormente a esse fato inovador da época, o conceito foi fundamentado no Estatuto da Terra, que apresentou, em seu artigo 2:

Art. 2º - É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social, na forma prevista na lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam” (BRASIL, 1964, Art. 2º, § 1º, alíneas a, b, c, d).

Na atual Carta Constitucional, os incisos XXIII e XXVI do Artigo 5º, trazem os ideais do Estado do Bem-Estar Social, ao afirmar que os direitos e garantias individuais devem ser observadas, incluindo a propriedade, que, em nosso ordenamento, é instituto indissociável da sua função social.

Ademais, a mesma carta constitucional, quando trata dos princípios gerais da atividade econômica, em seu artigo 170, nos incisos II e III, sustenta a proteção da propriedade privada, impondo, também, nas atividades mercantis e comerciais, que aquela tem um papel a cumprir.

No mesmo sentido da Constituição Federal, confirmando a coesão do sistema jurídico, o Código Civil de 2002 destaca a função social da propriedade em seu artigo 1.228.

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade desenvolveu-se com a evolução histórica das constituições brasileiras, como foi destacada na Constituição de 1824, que doutrinava apenas para vantagens do proprietário, até a Constituição de 1988, que aborda sua função social.

A evolução do ordenamento jurídico brasileiro deu-se a partir da Independência em 1822, porque, até então, era regido pela legislação portuguesa como as Ordenações Manoelinas, Afonsinas e Filipinas. A partir desse marco histórico, foi necessária a organização de um novo Estado, com a criação do direito pátrio, fundado no modelo constitucional. Diante disso, uma proposta de Constituição foi apresentada em maio de 1823 através de uma Assembleia Constituinte, a qual ficou conhecida como a “Constituição da Mandioca”. Entretanto,

esse projeto limitava o poder do imperador, D. Pedro I. Desgostoso da proposta, ele dissolveu a Constituinte e indicou um Conselho de Estado que redigiu uma nova Constituição, promulgada em 25 de março de 1824, que ficou em vigência até 1889 (RICARTE et al., 2014).

A Constituição de 1824 inspirou-se na independência dos Estados Unidos e nos ideais da Revolução Francesa. Assim, essas influências “estabeleceram o direito de propriedade em sua forma mais plena: como um direito absoluto, exclusivo e inquestionável. Ou seja, não havia qualquer limitação ao direito de propriedade” (MOTTA; MORAES, 2019).

Ferreira (2007, p. 185) explica que a Constituição também foi embasada pelo artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de previa e justa indenização.

Neste sentido, essa Constituição limitou-se a informar em seu “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”. À época, o direito de propriedade era inviolável, como pode ser visto no inciso. XXII, do Art. 179 que afirma: “é garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude” (BRASIL, 1824; NOGUEIRA, 2012).

É importante ressaltar que, em 18 de setembro de 1850, foi sancionada a Lei nº 601, que ficou nomeada como a Lei de Terras. Esta foi uma das primeiras iniciativas para tentar a organização da propriedade privada no Brasil (RICARTE et al., 2014).

Já no ano de 1889, aconteceu a proclamação da República no Governo Provisório do marechal Deodoro da Fonseca. A partir de então, a Constituição de 1824 tornou-se inativa e, em 24 de fevereiro de 1891, foi proclamada a nova Constituição, que transformou o Brasil em uma república federativa. Essa Carta Magna perdurou até 1930. Com relação ao direito de propriedade, manteve-se semelhante à Constituição antecedente (MACHADO, 2014). Isso pode ser confirmado na Constituição de 1891 em seu Art. 72. “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos

concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” e, em seu parágrafo 17, onde tem-se que: “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” (BRASIL, 1891).

A segunda Constituição do período da república foi sancionada em 16 de julho de 1934, já no governo de Getúlio Vargas e ficou vigente até 1937. Essa Carta Magna começou a mudar o conceito de direito da propriedade, como retratava em seu artigo 113, parágrafo 17, onde:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (BRASIL, 1934, § 17).

Com a ditadura do Estado Novo implantada em 1937 por Vargas, que tinha a intenção de manter o poder, houve a extinção do Congresso e a suspensão da Constituição de 1934 e a então outorga da Constituição de 1937, apelidada de “Polaca”. Essa constituição “revela-se como a primeira brasileira de cunho autoritário, inspirada em sua maior parte na legislação fascista da Polônia e uma parte das leis do regime de Mussolini na Itália” (RICARTE et al., 2014). Esse mesmo autor ainda afirma que houve um retrocesso em relação à Carta Magna anterior.

Esse pensamento é confirmado no Art. 122 da doutrina constitucional de 1937, em que: “a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade” e no parágrafo 14 do mesmo artigo, onde tem-se que: “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício” (BRASIL, 1937).

As primeiras contestações em prol da redemocratização do país ocorreram em 1943, com o Manifesto dos Mineiros, tornando-se mais evidente, no final da Segunda Guerra Mundial, quando se tinha a ideia da erradicação dos governos autoritaristas no mundo. Diante disso, como Vargas estava perdendo força, em



1945, os generais Góis Monteiro e Dutra articularam um golpe que culminou por derrubar o Estado Novo, com o afastamento de Getúlio Vargas.

Isto posto foi convocada eleição que o levou à presidência do Brasil o general Dutra. No ano seguinte (1946), a quinta Constituição do Brasil foi promulgada, até aquele momento, a mais democrática (RICARTE et al., 2014).

Na Carta Magna de 1946, em seu artigo 141, encontra-se:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior (BRASIL, 1946, art. 141, § 16).

Machado (2014) aponta que o Art. 141 da Carta Magna de 1946 ainda não alterou o direito inviolável da propriedade, porém, houve a inclusão do Art. 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos” (BRASIL, 1946, art. 147). A função social da propriedade começou a ficar mais clara a partir desse marco.

Santos & Miranda (2020) registram que “a função social da propriedade é um princípio que foi instituído pela Constituição Federal de 1967, e tem sua origem no direito de propriedade”.

A Constituição de 1946 perdurou até o ano de 1967, quando foi substituída por exigência do Ato institucional nº 04. A constituição de 1967 foi a pioneira a utilizar o termo função social da propriedade, “demonstrando a necessidade de compatibilização entre os interesses do proprietário e as necessidades da população” (MACHADO, 2014). Diante disso, a Carta Magna de 1967 traz em seu artigo 150:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes

poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior (BRASIL, 1967, art. 150, § 22).

Já no Art. 157, tem-se que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade” (BRASIL, 1967, art. 157, III).

Na Emenda Constitucional nº 01 de 1969 foi destacado, no artigo 160, que “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” (BRASIL, 1969, art. 160, III). Isso significa que, naquele momento, a propriedade possui tanto a característica de direito individual, quanto título de ordem econômica e social (GUIMARÃES et al. 2017).

A partir da Constituição da República de 1988, em um primeiro momento, esta garante o direito de propriedade, nos artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II, abordando a função social da propriedade, nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III.

A atual Carta Magna brasileira, a Constituição da República Federativa de 1988, institui a função social da propriedade como parte integrante e inarredável do antigo conceito de direito de propriedade, estabelecendo um direito social:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988, Art. 5, XXII, XXIII)

O atual Código Civil Brasileiro, estabelecido através da Lei nº 10.406, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, destaca, no § 1º do art. 1.228, as finalidades econômicas e sociais do direito de propriedade:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2003, Art. 1.228, § 1º).

A vigente carta constitucional define a propriedade privada e a função social como princípios predominantes da ordem econômica em seu artigo 170, incisos II e III:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
II- propriedade privada;  
III- função social da propriedade (BRASIL, 1988, Art. 170, II, III).

A Constituição aborda também outras situações em que se pode perceber o princípio da função social da propriedade, é o que trata Jelinek (2006) ao referir-se ao art. 156 da Constituição:

Art.156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:  
I- propriedade predial e territorial urbana;  
§ 1º [...] o imposto previsto no inciso I poderá:  
I - ser progressivo em razão do valor do imóvel;  
II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel (BRASIL, 1988, Art. 156, I, § 1º, I, II).

Pode-se observar, no art. 5º inciso XXIV da Constituição (1988):

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (BRASIL, 1988, Art. 5, XXIV).

No que diz respeito à propriedade urbana, a Lei Maior de 1988 em seu artigo 182, § 2º, confronta a função social da propriedade com as exigências fundamentais de ordenação da cidade:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.  
§ 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.  
§ 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988, Art. 182, § 1.º, § 2.º).

Ainda neste artigo, no § 4º, cabe ao poder municipal impor sanções à propriedade urbana que não cumpre a função social determinada no plano diretor, com a possibilidade de sanções máximas com a desapropriação, apenas em última instância:

§ 4.º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (BRASIL, 1988, § 4.º, I, II, III).

Neste sentido, a Magna Carta traz, em seu artigo 183, a perda da propriedade devido de usucapião para quem fizer o uso inadequado do imóvel urbano. Tem-se:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem posição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 1988, Art. 183).

Quanto ao cumprimento adequado da função social na propriedade rural, ele está disposto no artigo 186 da carta constitucional:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988, Art. 186, I, II, III, IV).

De outro modo, a reforma agrária pode ser providenciada pela União, conforme prescreve o artigo 184 da constituição:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte

nos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (BRASIL, 1988, Art. 184).

### 3 DA (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

#### 3.1 Do contrato de locação e garantias legais

O contrato de locação é uma das modalidades contratuais mais utilizadas atualmente, podendo referir-se à locação de coisas, prestação de serviços, empreitada e arrendamento. Trata-se de negócio jurídico oneroso, consensual, não solene, comutativo e de trato sucessivo.

Em regra, os referidos contratos são regidos pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 565 a 578, sob o capítulo V: Da locação de coisas em geral.

Quanto à locação de imóveis urbanos, ela é regida pela Lei n 8.245/91, aplicando-se a ela o Código Civil no que aquela for omissa.

A Lei 8.245/91, em seu art. 37, é clara ao indicar as modalidades de garantia exigíveis pelo locatário ou por procurador ao locatário no ato da pactuação e execução de contrato de locação, são elas: a caução, a fiança e o seguro fiança. No parágrafo único do citado artigo, consta expressamente acerca da nulidade quando for requerida mais de uma garantia no contrato de locação.

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I - caução;

II - fiança;

III - seguro de fiança locatícia.

IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Faz-se, na sequência, uma breve abordagem a respeito dos conceitos das formas de garantia permitidas pela lei especial.

A caução pode ser prestada pelo locatário com bens próprios, móveis ou imóveis, devendo ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos. No caso de bens imóveis, deve ser averbada à margem da matrícula do respectivo imóvel, objeto da locação, no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Caução ainda pode ser prestada em dinheiro. Solicita-se o valor correspondente a, no máximo, três meses o valor do aluguel pactuado. Neste caso,

cumprida integralmente a obrigação do locatário, poderá este último requerer seu levantamento, ao final do contrato, referido valor, devidamente atualizado, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Tal modalidade é pouco utilizada, uma vez que o valor dado em garantia quase nunca suporta todas as obrigações devidas pelo locatário, em razão da demora na efetiva obtenção de sua desocupação do imóvel.

A fiança, por sua vez, trata-se de garantia pessoal concedida por terceiro em favor do locatário, podendo ser prestada no próprio contrato ou em documento apartado, por se tratar de contrato acessório.

Essa garantia é prestada com base na confiança que tem o fiador em seu afiançado e pautada na solvência daquele, pois a garantia incide sobre todo e qualquer patrimônio do fiador, presente ou futuro, não se refere a qualquer bem específico.

O seguro de fiança locatícia é uma modalidade de garantia convencional que deverá ser contratado junto a uma companhia seguradora, que deve compreender os encargos contratuais, limitado a um valor acordado entre segurado e seguradora. Deve-se atentar que seu custo é mais elevado, considerando as taxas bancárias, análise de risco calculada pela instituição, registro, lucro empresarial. Há que se destacar ainda que se exige do locatário, candidato a segurado, comprovação de renda, capacidade de pagamento do ônus do contrato, ficha cadastral sem máculas, imposições que culminam em inviabilizar ou dificultar a utilização dessa modalidade.

A cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento é a última variedade de segurança do locador. A Lei nº. 11.196/2005 dispõe que as instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários para exercer atividade de administração de carteira de títulos e valores mobiliários ficam autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão fiduciária de suas cotas em garantia de locação imobiliária.

Essa modalidade de garantia deve ser formalizada pelo registro perante o administrador do fundo, do titular das cotas que poderá ser o locatário ou terceiro que seja parte do contrato de locação, na qualidade de garantidor, por intermédio de termo de cessão fiduciária, com cópia do contrato de locação, constituindo em favor do credor fiduciário a propriedade resolúvel das cotas.

Constituído o regime fiduciário sobre as cotas cedidas, estas ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis e a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário.

Na hipótese do locatário incorrer em mora, o locador poderá requerer à instituição financeira administradora do fundo, ou ao agente fiduciário, que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, as cotas que sejam suficientes para a quitação da dívida, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, pelos meios próprios, da diferença eventualmente existente, nos casos em que a garantia não seja suficiente.

Art. 88. As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o exercício da administração de carteira de títulos e valores mobiliários ficam autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão de suas quotas em garantia de locação imobiliária. (Vigência)

§ 1º A cessão de que trata o caput deste artigo será formalizada, mediante registro perante o administrador do fundo, pelo titular das quotas, por meio de termo de cessão fiduciária acompanhado de 1 (uma) via do contrato de locação, constituindo, em favor do credor fiduciário, propriedade resolúvel das quotas.

§ 2º Na hipótese de o cedente não ser o locatário do imóvel locado, deverá também assinar o contrato de locação ou aditivo, na qualidade de garantidor.

§ 3º A cessão em garantia de que trata o caput deste artigo constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário.

§ 4º O contrato de locação mencionará a existência e as condições da cessão de que trata o caput deste artigo, inclusive quanto a sua vigência, que poderá ser por prazo determinado ou indeterminado.

§ 5º Na hipótese de prorrogação automática do contrato de locação, o cedente permanecerá responsável por todos os seus efeitos, ainda que não tenha anuído no aditivo contratual, podendo, no entanto, exonerar-se da garantia, a qualquer tempo, mediante notificação ao locador, ao locatário e à administradora do fundo, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

§ 6º Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida, sob pena de excussão extrajudicial da garantia, na forma do § 7º deste artigo.

§ 7º Não ocorrendo o pagamento integral da dívida no prazo fixado no § 6º deste artigo, o credor poderá requerer ao agente fiduciário que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, a titularidade de quotas suficientes para a sua quitação, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, por meios próprios, da diferença eventualmente existente, na hipótese de insuficiência da garantia.

§ 8º A excussão indevida da garantia enseja responsabilidade do credor fiduciário pelo prejuízo causado, sem prejuízo da devolução das quotas ou do valor correspondente, devidamente atualizado.

§ 9º O agente fiduciário não responde pelos efeitos do disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo, exceto na hipótese de comprovado dolo, má-fé, simulação, fraude ou negligência, no exercício da administração do fundo.



§ 10. Fica responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações efetuadas nos fundos de investimento de que trata o caput deste artigo a instituição que administrar o fundo com a estrutura prevista neste artigo, bem como pelo cumprimento das obrigações acessórias decorrentes dessa responsabilidade.

Veda-se, por expressa previsão legal, a exigência de mais de uma garantia. Ocorre que apesar de expressamente vedada por lei, a exigência e inserção num mesmo contrato de locação de mais de uma modalidade de garantia é corrente, ilegalidade cometida por locadores desavisados e pelas administradoras de imóveis que costumam intermediar as locações.

Note-se, nos contratos de adesão, a menção à garantia fidejussória e, por outro lado, contém cláusula indicando e vinculando um bem imóvel do fiador, visando com este último também garantir a relação locatícia.

Tal prática é nula de pleno direito e abusiva, entretanto, é muito comum a solicitação de garantia fidejussória, bem como cópias dos registros das matrículas de imóveis que sejam de propriedade do garantidor, indevidamente vinculando os imóveis na tratativa. Não raros os casos condicionados à averbação do negócio jurídico perante o Cartório de Registro de Imóveis. Caso em que se tem a garantia pessoal e a real, infringindo o parágrafo único do artigo 37 da lei 8.245/91.

Saliente-se que a exigência de duas ou mais garantias pelo locador, imobiliária ou seu preposto, constitui contravenção penal, prevista na lei do inquilinato:

Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário:

- I - exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos;
- II - exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação;
- III - cobrar antecipadamente o aluguel, salvo a hipótese do art. 42 e da locação para temporada.

A duplicidade de garantias torna inválida a garantia prestada em excesso, não sendo, portanto, qualquer vantagem ao locador ou às administradoras de condomínio exigirem ambas. Evidente ilegalidade, as consequências jurídicas ao locador são: a decretação de nulidade de uma das garantias exigidas, bem como a

cominação de sanção penal de prisão simples de cinco dias a seis meses, a qual pode ser convertida em sanção econômica ao Locador.

Salienta-se que o ilícito civil praticado pela dupla garantia não culmina em nulidade do contrato de locação, mas apenas da garantia locatícia em excesso. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO. DUPLA GARANTIA. NULIDADE DAQUELA EXIGIDA EM SEGUNDO LUGAR. PRORROGAÇÃO LEGAL POR PRAZO INDETERMINADO. FIANÇA. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A exigência de dupla garantia em contrato de locação não implica a nulidade de ambas, mas tão-somente daquela que houver excedido a disposição legal. [...] STJ. Resp. 868.220/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª turma, j. 27/09/2007, DJ 22/10/2007.

Solicitada mais de uma garantia, qual delas deve prevalecer, quando declarado nulo o excesso?

Há dois caminhos possíveis. O primeiro deles seria excluir a garantia mais gravosa ao locatário, tendo, como fundamento legal, o princípio da menor onerosidade da execução expresso no artigo 805 do CPC.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único: Ao executado que alegar ser a medida executiva menos gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

A outra maneira de verificar qual das modalidades de garantia deve prevalecer leva em consideração o quesito temporal. A garantia contratual que, primeiro, surtiu efeito no mundo jurídico é a garantia que deve prevalecer.

Declarada nula a exigência, a sanção econômica decorre de norma de ordem pública, podendo ser perseguida pelo próprio locatário ou pelos fiadores que, porventura, figurem no contrato de locação.

### **3.2 Da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador na locação residencial**

No contexto atual, está a Constituição Federal, que prevê uma série de princípios de carga axiológica, destacando-se a dignidade da pessoa humana. No caso, a Lei 8.009/90 foi editada com o fito de proteger o bem de família ao dispor sobre a impenhorabilidade da residência da pessoa natural.

Como é sabido, quem responde pelas dívidas é o patrimônio do devedor. Primitivamente, a responsabilidade pelos débitos de qualquer natureza, ilícito civil, inadimplemento de contratos recaía sobre a pessoa do devedor, por intermédio da *manus injectio*.

Washington de Barros Monteiro esbanja conhecimento ao narrar:

A situação do devedor impontual era análoga à do escravo, exposto à vingança do credor sobre a própria pessoa, em detrimento da sua liberdade e até da vida. Com o advento da famosa lei *Potelia Papiria*, inspirada em altos sentimentos humanitários, a execução transferiu-se do corpo do devedor para o seu patrimônio. (MONTEIRO, 2012, p. 225).

O Código de Processo Civil prevê no artigo 591 que todos os bens do devedor, presentes e futuros, respondem pelo cumprimento de suas obrigações, salvo exceções previstas em lei.

O artigo 391 do Código Civil seguiu o Digesto Processual: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Entende-se que o texto legal referiu-se aos bens suscetíveis de execução forçada com a constrição, bloqueio e penhora.

Dentre as exceções previstas em lei, a que o artigo refere, verificam-se os bens protegidos contra a impenhorabilidade. São os bens de família, eles podem ser divididos em dois regimes: o voluntário (ou convencional) e o legal (ou obrigatório); os quais serão estudados adiante. Por ora, necessário faz-se elucidar acerca do bem de família em geral.

Conforme largamente explanado neste trabalho, o Direito Civil historicamente sempre foi visto pela ótica liberal pós-Revolução Francesa, fincando raízes na proteção do patrimônio com a tutela da propriedade privada e a *pacta sunt servanda* (ou intangibilidade dos contratos).

Tratava-se do princípio da autonomia da vontade, base de um conceito absoluto, firmando-se numa forma de afirmação econômica da classe burguesa,

com o claro objetivo de retirar qualquer intromissão estatal que contrariasse seus interesses mercantis firmados nos contratos.

A Carta Magna de 1988 rompeu os laços do liberalismo puro, não intervencionista, inaugurando novos ideais, funcionalizando-os para a promoção da dignidade humana, solidariedade social e igualdade material, tidas como direitos fundamentais. Enfim, a pessoa começou a prevalecer sobre o patrimônio, sendo mister o ser sobrepujar o ter.

A Constituição Cidadã enfatiza a garantia de um mínimo patrimonial à existência digna do ser humano, almejando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, II e III).

A Lei Maior busca na função social da propriedade (CF, art 5º XXIII, art. 170, III, art. 182 §2º e 184) e do contrato instrumentos de cidadania, bem como a separação de uma parcela essencial do patrimônio a fim de atender as necessidades elementares da pessoa.

Conforme sustentam Chaves e Rosevald (2011, p. 541): “o exemplo mais contundente da proteção ao patrimônio mínimo da pessoa humana é, sem dúvida, a proteção ao bem de família (Lei nº 8.009/90 e CC, artigos 1.711 a 1.722)”.

Em prol do mínimo existencial, estão livres da execução forçada os bens elencados no artigo 649 do Código de Processo Civil, quais sejam:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

Vide art. 4.º da Lei n. 8.009, de 29-3-1990, sobre a impenhorabilidade do bem de família.

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1.º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2.º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

A importância da proteção do bem que serve de abrigo, de lar, à pessoa humana é incontroversa. Pertence ao direito natural o anseio pela obtenção da casa própria pela sensação de segurança psicológica e certeza de abrigo. O Direito, por sua vez, não pode estar alheio a essa necessidade humana, dispondo pela preservação desses bens, excepcionando ao princípio da responsabilidade patrimonial em prol de valores de maior carga axiológica.

Tendo em consideração o patrimônio mínimo para manutenção da dignidade de uma pessoa e sua prole, cônjuge ou genitores, torna-se imperioso ressaltar a proteção despendida pela Constituição à família, fundamento valorativo do bem de família.

A esse respeito é importante destacar a proteção especial do Estado relativa à família, conforme determina o art. 226 da Constituição da República. Como parte dessa atenção especialíssima, nos dizeres de Celso de Mello, um lugar de repouso para a pessoa e a família é de extrema importância para o Poder Constituinte Originário.

Chaves e Rosenvald (2011, p. 543) asseveram que a família é terreno fecundo para fenômenos culturais, problemas e sucessos, bem como que, nesse cenário familiar, o homem escolhe seus caminhos e orientações com os quais desenvolverá sua personalidade, na busca pela felicidade, sustentando que o ser humano nasce para ser feliz.

No mesmo sentido, o mestre Tepedino (2001, p. 349):

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Assim sendo, tem-se o bem de família como modo de vinculação de bens a um destino especial, qual seja: garantir a sustentabilidade digna das pessoas participantes de um núcleo familiar.

Quanto à divisão entre bem de família convencional ou legal, o primeiro foi disciplinado no Código Civil, entre os artigos 1711 e 1722. É ato voluntário do titular do bem, torna inalienável e impenhorável o bem indicado, que necessariamente consistirá no prédio que sirva de domicílio da família, com suas pertenças e acessórios e tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos.

No bem de família convencional, há limite de um terço do patrimônio líquido existente no tempo da instituição e, quando formalmente redigido em escritura pública ou testamento no cartório de imóveis, conforme exige o *Codex*, assim como a impossibilidade de alterar o destino do prédio; somente é possível a penhora do bem mencionado em casos de tributo devido em razão do próprio imóvel, ou débitos de condomínio.

Contudo, o bem de família voluntário não encontra guarida no tema proposto, nos interessando tão somente o bem de família legal, que passou a existir simultaneamente ao bem de família convencional. Este foi instituído pela Lei 8.009/90, que o torna impenhorável, independentemente da vontade do titular, o bem de família, neste caso, é entendido como:

Art. 1.º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Esse regime protetivo ganha força com o direito social à moradia inserto no artigo 6º da *Lex Legum*, passando a decorrer da própria afirmação do patrimônio mínimo da pessoa natural.

Os bens de família não alcançam os descritos no artigo 2º do citado texto legal, sendo penhoráveis e respondendo pelas dívidas do titular, *in litteris*:

Art. 2.º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

A jurisprudência vem alargando o objeto do bem de família a fim de alcançar não apenas os bens absolutamente indispensáveis à moradia, mas, igualmente, aqueles que usualmente fazem parte de uma residência. Têm figurado, nesse rol, a televisão, a geladeira, o aparelho de som, o forno micro-ondas, o exaustor de fogão, o ar-condicionado, o computador e a máquina de lavar roupas, entendendo-os como essenciais à dignidade no mundo moderno.

Ainda assim, com toda elasticidade conferida pela jurisprudência, se a residência é guarnecida de vários utensílios da mesma espécie, a impenhorabilidade somente recairá sobre uma unidade de cada bem, possibilitando a penhora do que exceder.

O fundamento da impenhorabilidade do bem de família é a proteção da dignidade do devedor, garantindo um patrimônio mínimo. Contudo, há situações em que não se justifica a proteção ao bem em relação à natureza especial do débito, permitindo, nesses casos, a execução regular, com o desiderato de assegurar a dignidade do credor, porquanto não seria razoável o devedor manter um certo padrão de vida em detrimento do titular do crédito.

O artigo 3º da Lei 8.009/90 dispõe:

A impenhorabilidade pode ser oposta 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.

Justificam-se as exceções à execução do bem de família expostas acima nos incisos I ao VI, casos que se deixa de lado por serem pacíficas no consenso geral, doutrina e jurisprudência.

Conforme já exposto, a questão cinge-se ao polêmico inciso VII, acrescentado pela Lei nº 8.245/91.

O contrato de fiança é regulado pelo Código Civil, cujo art. 818 determina, *in verbis*: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

A fiança é uma das quatro garantias que podem ser requeridas pelo locador de imóvel urbano, conforme artigo 37 da Lei 8.245/91, *in litteris*:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I - caução;

II - fiança;

III - seguro de fiança locatícia.

IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

De acordo com a referida lei, o fiador, pessoa física ou jurídica, assume a garantia pessoal do pagamento da dívida, podendo ser executado seu patrimônio caso o devedor principal não cumpra sua obrigação, no caso, o adimplemento do acordado no contrato locatício.

Com supedâneo no artigo 827 do Código Civil, em se tratando de contrato acessório, o fiador tem o direito de exigir que sejam, primeiramente, executados os bens do devedor. Entretanto, tornou-se muito comum, principalmente nos contratos de adesão, a exigência de renúncia expressa do fiador ao benefício de ordem, caso em que este poderá ser demandado exclusivamente ou conjuntamente ao devedor principal.

Vale ressaltar que a legislação infraconstitucional, em atenção ao princípio máximo da *Lex Legum*, a dignidade da pessoa humana, protegeu o único imóvel destinado à moradia da entidade familiar, bem como os móveis que a guarnecem, desde que quitados, sendo que a regra é a impenhorabilidade dela, com fulcro no artigo 5º da Lei do Bem de Família:



Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

### **3.3 A Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão**

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a discussão a respeito da constitucionalidade, ou não, do inciso VII, do Art. 3º, da Lei Federal nº 8.009 (acrescentado pela Lei 8.245, de 18.10.1991), o qual exclui a proteção do bem de família, o imóvel residencial do fiador de contrato de locação.

O recorrente arguiu afronta ao direito de moradia, assegurado no Artigo 6º da Constituição Federal, postulando a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 3º, Inciso VII, da Lei 8.009/90. Ao final, requereu a desconstituição da penhora de seu único imóvel residencial.

A questão posta em juízo limitava-se em verificar se a impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação permanece, ou não, após o advento da Emenda Constitucional nº 26, publicada em 14 de fevereiro de 2000, a qual estendeu os direitos sociais a fim de incluir o direito à moradia.

Lido o conciso relatório o eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, passou ao voto. Em seu discurso, o Ministro Relator decidiu pela inconsistência do recurso, haja vista que, no seu entender, o artigo de lei estudado no presente caso não afrontaria o Art. 6º da Constituição, mesmo com a nova redação da Emenda Constitucional nº 26.

Admitindo tratar o direito social como direito subjetivo, asseverou que sua dimensão indica a provisão de prestações aos cidadãos, dependentes da postura ativa do Poder Público, sendo ilimitadas as formas pelas quais o Estado pode utilizar-se para possibilitar à população o efetivo direito de “morar”.

Cezar Peluso continuou ao afirmar que o direito social acrescentado não se confunde com direito de ser proprietário de imóvel, podendo ser implementado o direito à moradia por norma jurídica que facilite a oferta de imóveis com intuito de locação residencial, pelo reforço das garantias dirigidas aos locadores.

Utilizando o direito comparado, o Relator citou ainda a constituição portuguesa que expressamente dispõe ser incumbência do Estado estimular a construção privada e o acesso à habitação própria ou arrendada. Advertiu, ademais, que uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos candidatos a locatários redonda na insuficiência ou ausência total de garantias contratuais exigíveis pelos locadores e imobiliárias.

Para o referido ministro é acertada a postura de quem concorda com a afronta ao Art. 6º da Constituição Federal, caso haja outras formas de assegurar o pagamento do débito, como explica nos seus próprios dizeres:

Porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo.

*Mutatis mutandis*, sustenta, pois, que se tornasse como regra a impenhorabilidade do bem de família, na prática, não haveria garantia nenhuma ao locador, indo de encontro ao objetivo da lei que buscou facilitar o alcance do locatário ao contrato de locação, por fim, seu direito à moradia, mesmo que arrendada.

Para o Relator, tratam-se de situações fáticas diversas, não havendo que se falar em isonomia, haja vista que o bem do fiador, por via oblíqua, protege o direito social à moradia, resguardando direito do locador. Observando o fato de que os direitos sociais não implicam tratamento uniforme, mas direitos de preferências e desigualdades, privilegiando alguns a fim de compensar enormes diferenças de classes e oportunidades.

Ao final, demonstrou que a norma infraconstitucional tutela o direito à moradia de uma classe ampla de pessoas, por meio da habitação locada, em prejuízo a outra classe de menor quantidade, quais sejam: dos fiadores proprietários de um só imóvel, na qualidade de bem de família, pessoas que não estão obrigadas a prestar fiança.

Caso fosse invalidada a referida norma legal, romper-se-ia o equilíbrio do mercado, estimulando a exigência cada vez maior de garantias mais custosas para as locações residenciais, “com conseqüente desfalque do campo de abrangência do

próprio direito constitucional à moradia”, como elucidou o Ministro Cezar Peluso, em seu voto, negando provimento ao recurso.

O Ministro Eros Grau, com todas as “vênias” necessárias, divergiu do voto do Ministro Relator. Citou precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos quais se afirmou o não recebimento da ressalva à penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação pelo Artigo 6º da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/00.

O ministro continuou em seu voto:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover a sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

O ilustre julgador elucidou uma hipótese que ele mesmo tem por absurda, mas possível, qual seja: a situação em que o locatário não cumprisse a obrigação de adimplir com os aluguéis, buscando poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, teria a proteção, a impenhorabilidade. Contudo, o fiador não poderia utilizar-se de tal benefício.

Mesmo se o fiador ajuizasse execução em face do afiançado, por ter seu imóvel penhorado pela dívida do locatário, este gozaria novamente do privilégio da impenhorabilidade, afrontando o princípio da isonomia.

Em uma pequena ilustração, o Ministro Cezar Peluzo indagou ao Ministro Eros Grau se, para poder morar, o locatário teve que indicar um fiador, ao que respondeu que sim.

Eros Grau assegurou ainda que seu voto não se apegava à lógica do mercado, mas à Constituição. Por fim, aduziu que o suposto impacto no mercado das locações imobiliárias não pode afastar a incidência de preceitos constitucionais do direito à moradia e isonomia. As políticas públicas devem emanar do Poder Público, competindo ao Supremo Tribunal Federal a aplicação da Constituição.

Diante de todos os argumentos expostos, o Ministro Eros Grau deu provimento ao Recurso Extraordinário para afastar a impenhorabilidade no caso.

Por nota de esclarecimento, o Sr. Relator asseverou que o direito à moradia abrange não somente o direito à habitação do proprietário de imóvel, mas tem alcance geral, incluindo quem não seja proprietário, ampliando a casta de pessoas atendidas pelo direito social mencionado. Afirmou que há uma grande classe de pessoas não possuidoras de imóveis, mas que tem de morar sob alguma de outras formas, nas modalidades previstas pela legislação pátria.

Sustentou que a previsão da penhorabilidade do bem de família do fiador é uma forma de concretizar o direito à moradia dos locatários, porquanto é de praxe exigir-se garantia fiduciária como *conditio sine qua non* para realização do contrato de locação imobiliária.

Veementemente, o Senhor Relator arguiu que caso fosse reduzido o conceito de moradia, refrear-se-ia o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia mediante a locação, porquanto os locadores não alugam sem garantia ou exigem garantias que sobrecarregam a grande classe dos despossuídos.

Reiterou, além disso, que, para os que buscam moradia, o que está posto é o problema do acesso a ela, e que são poucos os proprietários que voluntariamente aceitam ser fiadores, sustentando que o Estado deu opção à garantia fiduciária, nos termos que a lei prevê para conformar o direito de moradia a fim de permitir a grande classe de pessoas o acesso à locação.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que o conflito de valores em discussão cinge-se entre o direito social de moradia e a liberdade de contratar, isto é, a manifestação da autonomia da vontade.

Defronte a suposta agressão a direito fundamental em relação jurídica regida pelo direito privado, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu pela aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Destacou ainda o fato de que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, não havendo empecilho para, na ponderação de interesses, ceder espaço a outro princípio com maior carga valorativa no caso concreto.

Concluiu que se o fiador coloca em risco seu direito fundamental por livre e espontânea vontade, garantindo a dívida de outrem, o que é assegurado pela *Magna Carta*, não há incompatibilidade entre o dispositivo combatido em face à Constituição da República. Diante desse, negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Passada a palavra ao Ministro Carlos Britto, este lembrou que a Constituição Federal utiliza o termo moradia em três situações: como direito social (Art. 6º), como necessidade vital básica do trabalhador e da família (Art. 7º) e, por último, como política pública, inserta como competência material de todos os entes estatais (Art. 23, inciso IX).

Nessa linha de raciocínio, sustentou a indisponibilidade e impenhorabilidade do imóvel por efeito de contrato de fiança, pela proteção estatal à família, disposta no Art. 226 da Lei Maior.

Indagado pelo Ministro Marco Aurélio, se o direito ao bem de família seria um direito absoluto, intangível; o Ministro Carlos Britto lembrou a proteção especial dirigida pela Constituição brasileira à família, com um “apreço especialíssimo”.

Finalizou suas razões acompanhando o voto divergente do Ministro Eros Grau, o qual deu provimento ao Recurso Extraordinário.

Dada a palavra ao Ministro Gilmar Mendes, este eminente constitucionalista enxergou que o direito à moradia preconizado pela Constituição tem perfil institucional, motivo pelo qual admitiu diversas possibilidades de execução e concretização.

Perfilhando o entendimento esposado pelo Ministro Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes ressaltou o conflito de princípios *in casu* e salientou, contudo, o princípio da autonomia privada e autodeterminação das pessoas que, a seu ver, de tão elementar, não consta no texto constitucional.

Não reconheceu a violação a Constituição, desse modo, seguindo o voto do Relator, negando provimento ao Recurso Extraordinário.

A Ministra Ellen Gracie, sem delongas, acompanhou o voto do Ministro Cezar Peluso, nas razões mencionadas no voto do ministro Relator.

O Ministro Marco Aurélio manifestou preocupação em decidir acerca da constitucionalidade ou não de lei sem a audiência do Parquet, consciente de sua posição isolada nesse sentido.

No mérito, aduziu que a Constituição, em seu Artigo 6º, refere-se à moradia, e não propriedade, sendo insubsistente a intangibilidade do imóvel único da família.

Exercendo a ponderação de valores, o ministro fez analogia ao direito de moradia com o salário. Analisando os dois direitos, deu mais relevância à fonte de subsistência que à moradia. Intentou expressar resumidamente que se a renda, tida

por ele mais importante que a propriedade, sofreu limitações infraconstitucionais, porque a propriedade residencial seria intangível, não admitindo regulamentação que a restringisse? Com essa fala, desproveu o recurso, declarando a constitucionalidade do artigo 3º da Lei 8.009/90.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, expressou que o direito à moradia representa “prerrogativa constitucional” deferida a todos (CF, art. 6º), qualificada como um dos direitos sociais mais expressivos.

Utilizando-se do Direito Internacional, fundamentou-se em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, para indicar a essencialidade do direito à moradia, conforme se depreende da leitura da Declaração Internacional dos Direitos da Pessoa Humana e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O nobre ministro consolidou a opinião que a elevação do direito à moradia como direito fundamental, resguardado pela lei máxima, incide na grave preocupação já exteriorizada pelo país no âmbito internacional, assumindo compromissos inequívocos dessa prerrogativa reconhecida às pessoas.

Citando obra de Luiz Edson Fachin (Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo), salientou que o Estado tem o dever de prestar tutela efetiva principalmente às pessoas menos favorecidas, protegendo um patrimônio mínimo, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República: “valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional”.

Chamando a atenção ao valor da solidariedade social, um dos objetivos fundamentais do nosso Estado “Tupiniquim”, argumentou que, em proveito da subsistência digna do indivíduo, deve-se superar restrições que inutilizam a intangibilidade do bem de família.

Magistralmente, o Ministro Celso de Mello advertiu que o antagonismo do direito público e privado perdeu o sentido ante a aplicação direta da Constituição, como fundamento jurídico de cada norma ordinária, declarando que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza elevaram os valores existenciais da pessoa humana no cume do ordenamento jurídico.

Ao concordar com o julgamento do ex-ministro Carlos Velloso, quando decidiu pela impenhorabilidade do único imóvel residencial do fiador no Recurso

Extraordinário nº 352.940/SP, reproduziu as razões deste, por meio das quais registrou o atentado ao direito de igualdade, mencionando que, em situações idênticas, deve-se aplicar a mesma regra. Não aceitando o paradoxo que impossibilita a penhora do bem de família do devedor principal e permitindo a constrição da única residência do que figura em contrato acessório como garantidor subsidiário.

Assim, deu provimento ao Recurso Extraordinário para desconstituir a penhora do bem de família do fiador, acompanhando os votos dos ministros Eros Grau e Carlos Britto.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence verificou *Ab initio* que o problema central circunda no fato de dar efetividade ao direito à moradia nas relações com o Estado e entre particulares.

Enunciou, assim, que viabilizar a locação residencial é modalidade de realização do direito à moradia e esse direito estaria mais distante se a fiança pudesse tornar-se ilusória ante a proteção ao bem de família do garantidor.

Ao final, Sepúlveda Pertence sustentou que não é o caso de curvar-se a exigências do mercado, mas atentar à realidade que envolve a discussão constitucional, situação em que a alternativa à fiança seria mais custosa ao locatário. Assim sendo, acompanhou o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Por último e não menos importante, o Presidente do Supremo Tribunal Federal na ocasião, Ministro Nelson Jobim, acompanhou o voto do Relator.

Reverberou que as normas merecem respeito, pois não são feitas para mundos virtuais. Argumentou que se decidissem contrariamente à validade do dispositivo questionado, ter-se-ia uma extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas necessitadas ou oneração excessiva destes, bem como inviabilizaria o crescimento do segmento de arrendamento imobiliário.

Um último aparte que vale ser registrado foi o do Ministro Carlos Britto, o qual ratificou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador daria ao mercado uma oportunidade de pôr em ação outras técnicas ou formas substitutivas, fazendo uso de sua criatividade, solucionando problemas de novos contratos de locação.

Desse modo, o caso discutido e julgado aos oito de fevereiro de 2006, pelo Pretório Excelso, qual seja, o Recurso Extraordinário nº 407.688-8 São Paulo, a maioria dos ministros que compunha o plenário entendeu no sentido de conhecer e

negar provimento ao recurso extraordinário. Esse polêmico julgamento tratava acerca da constitucionalidade ou não da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação imobiliária.

Assim, diante desse Recurso Extraordinário, o Pleno do Supremo decidiu pela legitimidade da regra de penhora do bem de família que pertence ao fiador de contrato de locação. Essa decisão foi consolidada, atualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, no enunciado sumular nº 549 que dispõe: "é válida a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação".

### **3.4 Da tese 295 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça.**

A repercussão geral surgiu com a chegada da Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que colocou à disposição do Supremo Tribunal Federal ferramentas para firmar seu papel de Corte Constitucional, além de contribuir para melhorar a organização e a racionalidade dos trabalhos do Tribunal, haja vista o número expressivo de processos idênticos e analisados em sequência. Portanto, procurou-se evitar que os milhares de casos análogos fossem julgados um a um.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

As características do instituto demandam comunicação direta entre os órgãos do Poder Judiciário, a partir do compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

A reforma constitucional teve como meta garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança jurídica a quem recorre ao Poder Judiciário. Dentre os institutos previstos na emenda, a repercussão geral foi regulamentada pelo Código de Processo Civil, *in verbis*:



Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º **Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

§ 4º (...)

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. (grifei)

Há, ainda, outros objetivos para a edição de tal requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pela corte máxima do país. Dentre eles, delimitar a competência do STF, no julgamento desses recursos, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Busca-se ainda uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional, ante a multiplicidade de recursos que diuturnamente são apresentadas ao referido órgão julgador.

A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal. Exige-se a demonstração de tal requisito na peça inicial do recurso, sob pena de inadmissão do recurso extraordinário.

O Supremo, desde então, tem se dedicado a julgar e pacificar tais questões, resultando em Teses numeradas, divulgadas e firmadas tanto nos julgamentos de mérito quanto nos julgamentos realizados em que se declara a ausência de repercussão geral. Salienta-se, neste sentido, que tais teses vinculam as decisões dos tribunais e juízes brasileiros,

Em 25 de fevereiro de 2021, haviam 532 teses registradas no site do Supremo Tribunal Federal, dentre elas, a tese 295, datada de 14/08/2010, que trata do assunto abordado na presente dissertação. Firmada pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 612360/SP, a qual dispõe:

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000.

No julgamento do RE 612360/SP, pelo Tribunal Pleno, aos 13 de agosto de 2010, na relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, esta acostou, no relatório, que o presente recurso fora proposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou válida a penhora do bem de família do fiador de obrigação locatícia.

O referido tribunal estadual sustentou que o mencionado dispositivo constitucional, ao acrescentar o direito à moradia no rol dos direitos sociais, não afastaria a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8009/90, mas teria eficácia meramente programática, não alterando as relações jurídicas regidas pelo direito privado.

O recorrente fundamentou o pedido de reforma em suposta afronta ao dispositivo constitucional, defendendo o argumento de que a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional, pois ofenderia o direito social à moradia, em confronto ao artigo 6º da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Sustentou, portanto, a declaração de inconstitucionalidade do artigo que excepciona a penhorabilidade do bem de família, bem como que cabe ao Estado a proteção da dignidade da família e que o direito à moradia integra o patrimônio mínimo do cidadão.

Constatando que a matéria posta em juízo tem relevância econômica, política, social e jurídica, afetando grande número de famílias, diretamente interessadas no resultado da questão proposta, decidiu pelo reconhecimento da repercussão geral no caso em testilha. Ressaltou, ademais, que, caso a repercussão geral seja reconhecida, deveriam ser suspensos o processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

No mérito, a ministra sustentou que a questão acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação encontra-se pacificada, no sentido de sua constitucionalidade, mesmo após a alteração constitucional que inseriu expressamente o direito social à moradia.

Relembrou o que ficou decidido no Recurso Extraordinário nº 407.688, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, no qual se entendeu legítima a penhora de bem de família do fiador no caso em questão, haja vista a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8009/90, a qual é compatível com os preceitos constitucionais, mormente com o atual artigo 6º. Reconheceu que não há necessidade de nova apreciação do tema pelo plenário do tribunal, ante a pacificação do entendimento frente ao recurso extraordinário mencionado, possibilitando decisão monocrática no caso em questão, aplicando a orientação anteriormente firmada pelo colegiado.

Desse modo, ratificou-se a jurisprudência firmada para reconhecer a existência da repercussão geral da matéria.

A Corte Maior, portanto, firmou entendimento, por maioria, no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000.

Neste sentido, verificam-se os julgados a seguir:

RE 407.688, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno;

RE 477.953-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma;

RE 493.738-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma;

AI 584.436-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma;

AI 693.554, rel. Min. Gilmar Mendes;

RE 591.568, rel. Min. Ayres Britto;

RE 598.036, rel. Min. Celso de Mello;

AI 642.307, rel. Min. Marco Aurélio;

RE 419.161, rel. Min. Joaquim Barbosa;

AI 718.860, rel. Min. Dias Toffoli; e

RE 607.505, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, enfrentou a matéria em diversas oportunidades, dentre elas, no Recurso Especial nº 1.363.368 / MS, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Esse recurso especial, representativo da

controvérsia, julgado pela segunda seção do tribunal, nos moldes dos recursos repetitivos, dia 12 de novembro de 2014, decorreu de ação de despejo proposta em Dourados, no estado do Mato Grosso do Sul, e restou julgado procedente, na fase de cumprimento de sentença e penhorados imóveis dos executados e fiadores do contrato de locação não adimplido.

Descontentes, os executados e fiadores apresentaram exceção de pré-executividade, questionando a validade de cláusulas do contrato que deu origem à execução da sentença e argumentando situações de demandariam dilação probatória, como arguição de pagamento de aluguéis sem recibo, ocasião em que o juízo não conheceu desses pedidos formulados.

Conheceu, por outro lado, da exceção de pré-executividade que apontava inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, mas rejeitou a alegação de impenhorabilidade do bem de família ante precedentes judiciais.

Devedor e fiador interpuseram agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça, que decidiu tornar insubsistente a penhora que recai sobre o imóvel penhorado, sustentando que o Estado-Juiz não pode ser conivente com a tentativa de despojar o fiador e sua família do refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado.

Sustentou ainda que tal posicionamento demonstra um completo esvaziamento do princípio da solidariedade e a absoluta indiferença com a dignidade do fiador e sua família, privilegiando um direito disponível - crédito – sobre um direito fundamental - moradia.

Afirmou, além disso, ser inadmissível a expropriação do imóvel residencial do fiador ganhar maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado.

Fundamentou que a exceção de pré-executividade é cabível apenas para discutir questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo Juízo, tais como os pressupostos processuais e condições da ação, além dos casos de evidente ausência de responsabilidade obrigacional do devedor ou de iliquidez do título. Por fim, julgou improcedentes as razões dispostas na exceção de pré-

executividade. Seguindo, dessa forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e editando o seguinte enunciado:

É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. (Súmula 549, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)

### **3.5 A posição da doutrina**

Insta destacar que, atualmente, há duas linhas de pensamento: uma manifesta pela possibilidade de penhora do bem de família, fundamentando-se na lógica do mercado, o qual oneraria o locatário, podendo dificultar e até impossibilitar-lhe o acesso à moradia.

A segunda corrente critica essa possibilidade, em face da prevalência dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira, afrontando o princípio da isonomia entre o devedor principal e o fiador, bem como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

A respeito dessa divergência doutrina e jurisprudência, esta, por sua vez, tem pacificado o entendimento pela possibilidade da penhora, mormente após o julgamento do RE nº 407688-8 em 2006.

A doutrina de Souza (2019, p. 390) entende pela constitucionalidade do inciso VII:

A nova exceção, acrescida ao artigo 3º da Lei nº 8.009, se impunha, no interesse do mercado, pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, já que raramente o candidato à locação conseguia um fiador que tivesse, em seu patrimônio, mais de um imóvel residencial.

Com a edição da nova exceção, várias ações foram propostas ao Poder Judiciário. Com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, ampliaram-se os direitos sociais, a fim de incluir o direito à moradia.

A partir daí, uma indagação ficou sem resposta final: “Se todos têm direito à moradia, porque o fiador poderá ter seu bem de família executado como garantia de dívida locatícia?”.

Na maioria das vezes, assessorado por uma Administradora de Imóveis, o locador, no caso de inadimplemento do locatário, executará os bens do fiador em

juízo, em razão da renúncia do benefício de ordem (Art. 827 do Código Civil) imposta ao fiador no momento da assinatura do contrato de garantia.

No entanto, o fiador, neste caso, ficará sub-rogado nos direitos do credor, podendo perquirir o quantum pago ao locatário, inclusive danos, se houver. (Art. 832 do Código Civil). Neste ponto, vale ressaltar que, neste caso, o fiador não terá a prerrogativa de penhorar o bem de família do locatário, haja vista que o credor originário não dispunha desse direito subjetivo.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, São Paulo, a jurisprudência assentou-se favorável à constitucionalidade do dispositivo, autorizando a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, fundamentando-se nas ilimitadas formas de provisão legal de prestações aos cidadãos, inerente aos direitos sociais.

A maioria dos ministros entendeu que o direito social à moradia não se resume ao direito de propriedade imobiliária, sustentando que é dever do Estado Social e Democrático de Direito garantir à população outras formas de moradia, facilitando o acesso aos despossuídos.

Os julgadores que alimentam esse entendimento ainda advertem que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo acarretaria maior dificuldade para a locação, podendo retirar o direito à moradia do candidato a locatário, ante as maiores exigências de garantia a serem exigidas pelos locadores.

Neste sentido, os julgadores não admitem, ainda, o argumento de a afronta à isonomia, afirmando tratar-se de situações fáticas e vocações administrativas diversas, além de asseverarem que os direitos sociais tratam-se de direitos de preferências e desigualdades, isto é, discriminatório com propósitos compensatórios, pressupondo que locatário e fiador encontram-se em situações desiguais.

Por último, consolidam o pensamento de que o fiador utilizou a autonomia privada para prestar fiança, expressão da liberdade e do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa liberdade constitucional, o fiador, por ato livre e espontâneo, colocou em risco a incolumidade de um direito fundamental.

Conforme mencionado neste trabalho, a Constitucionalização do Direito Civil importa em uma nova visão constitucionalista do direito privado. Somente há proteção à propriedade que cumprir sua função social, correto? Contudo, no conflito

de normas e princípios, ambos devem ser analisados pela carga valorativa que apresentam no caso concreto.

Defronte a diversidade das situações as quais a sociedade moderna enfrenta dia a dia, os três critérios que determinam qual lei prevalecerá sobre a outra tornou-se insuficiente para regular todos os conflitos de normas. Os critérios são esses: especialidade, hierarquia e tempo cronológico no sistema jurídico.

Ocorre que a técnica clássica de aplicação da norma jurídica através da subsunção desenvolvida por um raciocínio lógico e padrão; premissa maior sendo a norma, premissa menor o fato, produzindo o resultado que é a aplicação da norma ao caso, não é mais suficiente para solucionar os litígios que envolvem direitos fundamentais.

Nesse caso são discutidos direitos e princípios constitucionais, dessa forma não há que se falar em hierarquia de normas, pois ambos os posicionamentos estão fundamentados na *Lex Mater*. Alicerçando-se na Constituição Federal, não há especialidade ou tempo cronológico a distinguir-se qual prevaleceria.

A ponderação de interesses é usada para resolver tensões estabelecidas em razão do conflito de normas e princípios em casos concretos. A Constituição Brasileira abrangeu diversos institutos privados e incluiu princípios em seu texto que devem ser obedecidos. Não raro são detectadas colisões entre diferentes valores de conteúdo aberto e igual hierarquia que se aplicam às mais diversas situações.

Nesse contexto, de constituição analítica que tratou dos mais diversos assuntos da vida, Farias e Rosenvald (2011, p. 87) concluem:

Assim, surge a ponderação de interesses (ou proporcionalidade) como critério seguro para as colisões normativas, sempre centrada no valor máximo constitucional a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º III) (...) a ponderação dos interesses é técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana.

Para Miranda Netto (2005, p. 113): “a ‘lei da ponderação’ contém o seguinte enunciado: “o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos.”

Não se pode deixar de lado que juntamente à penhora do bem de família do fiador, também há uma violação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia.

Diniz (2013, p. 122), grande civilista, segue o entendimento da constitucionalidade do dispositivo legal:

parece-nos, ante o caráter de norma especial do art. 82 da Lei n. 8.245/91 e do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, inconstitucionalidade não há, tendo em vista que a moradia é direito social tutelado pelo Estado e não pelo particular e que o fiador, ao garantir dívida locatícia, assumiu tal risco e que as obrigações do locatário e do fiador são diferentes apesar de terem a mesma causa: o contrato de locação. Os deveres do locatário decorrem do contrato de locação feito entre ele e o locador e os do fiador do contrato de fiança entre ele e o locador; logo, o fiador, pagando o débito do locatário inadimplente ao locador, sub-rogar-se-á nos direitos do credor, podendo reembolsar-se do que despendeu em razão da garantia fidejussória, tendo ação regressiva contra o inquilino.

Contudo, a melhor doutrina entende pela evidente inconstitucionalidade do *cânon*, conforme se verifica. Flávio Tartuce (2013, p. 23), por exemplo, filia-se à corrente contrária e fundamenta:

Primeiro, porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (devedor subsidiário – art. 827 do CC) pode suportar a constrição. **A lesão à isonomia reside no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação).** (grifei)  
Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (art. 6.º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, do Texto Maior).

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 289) assim também concluem, sustentando que:

À luz do Direito Civil Constitucional, pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5.º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (*Novo Curso de Direito Civil. Volume III*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289).

O ex-ministro do STF, Carlos Velloso, declara que a penhora do único imóvel residencial do fiador fere de morte a isonomia, tratando desigualmente situações



iguais, porquanto onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Chaves e Rosenvald (2011, p. 567) afirmam a evidente inconstitucionalidade do inciso VII discutido. Nesses termos:

Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.

Além do princípio da isonomia escrachado, viola-se o direito fundamental à moradia do fiador, a qual é essencial para a efetividade de outros valores fundamentais, como a vida digna, educação, saúde, cidadania e acesso às oportunidades de crescimento.

Tartuce (2013, p. 286) refere que o ato de penhorar o bem de família do fiador fere o princípio da proporcionalidade, uma vez que “o fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal”.

Ora, a impenhorabilidade do imóvel residencial protege a família quanto a necessidades materiais mínimas, a fim de prover sua subsistência.

Inobstante a função social da propriedade, a residência do indivíduo deve atender a função individual, a qual, diante da ponderação de interesses, deve prevalecer sobre aquela, apenas os abusos cometidos no exercício encontram limitação adequada nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Os que sustentam a inconstitucionalidade do disposto demonstram a igualdade das obrigações do devedor principal e do fiador, pois a origem da dívida é a mesma e a obrigação do fiador pode ser no valor integral da dívida ou parcial, caso não garanta a integralidade desta.

Pela discussão no plenário do Pretório Excelso, verifica-se que os julgadores cumpriram sua missão de intentar proporcionar aos cidadãos a melhor qualidade de vida preconizada pelo Estado do Bem-Estar Social, cada um partindo de seu ponto de vista.

Pode também ocorrer o caso em que determinada pessoa aceitasse ser fiador de outrem, confiante em sua própria renda e nos diversos bens que possui. Contudo, decorrido algum tempo, estando o contrato principal e a garantia fiduciária ainda vigentes, o garantidor vê sua renda e seus negócios ruírem por um fato qualquer, como uma catástrofe, por exemplo, ou outro motivo que o faça entrar em estado de insolvência decorrente de mudança no mercado ou investimentos frustrados. De qualquer forma, o motivo não importa, o que se torna relevante é o fato de que o fiador possui apenas seu único imóvel, qualificado como bem de família pela Lei 8.009/90.

Aos que sustentam a penhorabilidade em razão da autonomia privada, pela qual o fiador contratou de livre e espontânea vontade, não foi constrangido para isso, é certo que o fiduciante não pode ter sido coagido, ou de qualquer forma ludibriado a fim de contratar, sob pena de ver-se a anulabilidade do negócio jurídico. Desse modo, presume-se que, por ato volitivo, o fiador tomou para si o ônus da garantia.

Toda essa elucidação serve para ilustrar que, não obstante tratar-se de relações privadas, em que impera a conhecida autonomia da vontade, há que se destacar diversos fatores que circundam o caso em comento.

Se a instituição dos bens de família visa proteger os menos favorecidos, tratando-os com certa benevolência, a fim de proporcionar-lhes um mínimo de dignidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal buscaram maior abrangência ao direito à moradia.

Certos de que os direitos sociais são promocionais, voltados a conferir um tratamento diferenciado às pessoas cuja situação social reclame a diferenciação jurídica, com intenções compensatórias. A maioria dos supremos ministros, no julgamento do RE 407.688-8, olvidou-se que as preferências dos direitos sociais não se cingem ao locatário, mas a todos os que se encontram em situação desfavorável, aos quais a lei confira certo tratamento diferenciado.

À primeira vista, entende-se que o fiador encontra-se em uma situação mais favorável que o afiançado, entretanto, quando se fala em bem de família, retrata-se o mínimo existencial para uma sobrevivência digna, devendo-lhe também ser garantida.

No caso posto a lume, não se discute a penhora de imóvel de algum fiador que os tem aos montes, uma infinidade de propriedades, rendas, soldos, pensões etc. Trata-se da pessoa, do sujeito de direitos que possui, tão somente, o mínimo para manutenção própria e da sua família.

Uma informação que merece destaque é que, desde a vigência do Código Civil de 1916, criticava-se a inserção do bem de família na Parte Geral do Código. Alguns defendiam que deveria figurar na Parte do Direito das Coisas e outros que devia estar no Direito de Família.

No Novo Código Civil, prevaleceu a tese de que o bem de família é um instituto umbilicalmente ligado aos interesses da família e, portanto, deve estar disposto no Livro do Direito de Família.

Farias e Rosendal (2011, p. 568) anotam:

À luz dos argumentos apresentados, por meio de controle de constitucionalidade difuso, diante de cada caso concreto, impõe-se ao magistrado reconhecer, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade do dispositivo legal, declarando incompatível com o sistema de proteção avançada da pessoa humana a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador, porque afronta a isonomia constitucional, bem como por ignorar o direito social à moradia.

Retomam-se as palavras do então Ministro Eros Grau, proferido no RE 407,688-8:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover a sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.”

Fato que não foi comentado é o mais notório: ninguém quer ser fiador de ninguém por diversos motivos. Nem é preciso enumerá-los, mas, por exemplo: o fiador não tem vantagem alguma, somente arca o ônus, a garantia. Verificam-se os perigos da fiança, contudo o ensinamento maior é o de amar o próximo como a si mesmo.

O locatário tem que se constranger para conseguir algum fiador, que, sabedor do ônus, muitas vezes, recusa-se. Os que aceitam são pessoas que têm uma ligação afetiva ou grande amizade com o afiançado.

Se quem responde pelas dívidas em regra é o patrimônio não protegido, não há razão para manter-se o instituto da fiança como dívida de valor como qualquer outra, utilizando-se outros meios para o adimplemento forçado, bem como políticas públicas no sentido de que a fiança bancária seja facilitada pelo governo, como é hoje a compra da casa própria.

## 4 DIMENSÃO ECONÔMICA DO DIREITO DE MORADIA

### 4.1 Análise Econômica do Direito: origens e contribuições

Entende-se o direito como a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e comporta-se em um mundo de recursos escassos e suas consequências.

A Análise Econômica do Direito (AED) procura responder a algumas perguntas essenciais. Primeiramente, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Segundo, esses efeitos são socialmente desejáveis? Um dos objetos principais é como desenhar políticas, leis, instituições que gerem os melhores incentivos aos agentes econômicos.

Para responder a esses questionamentos, utilizam-se técnicas econômicas. Imagina-se *a priori* que os agentes são racionais e olham para o futuro. Ao decidir, levam em consideração seus custos e benefícios privados. O objetivo daqueles é o maximizar seus benefícios incorrendo no menor custo possível – a isso chama-se eficiência.

Também conhecida pela sigla, AED, contribui com uma abordagem diferente do direito sob outras perspectivas, como entender a compreensão das regras jurídicas pelas pessoas e as consequências.

A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem como objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente, com relação às suas consequências.

AED leva em conta que cada ser humano reage de uma determinada forma e perante a complexidade das pessoas, a norma editada pode ou não atingir o efeito pretendido pelo legislador, movido por incentivos e desincentivos. Essa é uma característica básica de todos os seres humanos e, por que não, todos seres vivos: maximizar seus ganhos e evitar a dor ou perda.

Além dos efeitos resultantes da inovação legislativa, analisam-se os fundamentos, motivos, objetivos e razões do detentor do poder legiferante para tal, o

que se chama, no direito, de interpretação autêntica, isto é, aquela que deriva da própria fonte do ato normativo.

Entretanto, tal estudo é muito mais abrangente que a mera interpretação autêntica, porque esta preocupa-se apenas com a *mens legislatoris*, isto é, com o que pensava o legislador, o que ele quis dizer com aquela norma, em termos práticos, “o que passava pela sua cabeça naquele momento”.

A Análise Econômica do Direito estuda quais são os efeitos práticos da lei. Importa o que o legislador quis dizer, mas esse campo de estudo não vive na fantasia do dever-ser em que o Direito atua, contudo exerce sua sapiência nos efeitos experimentais, pragmáticos, materiais.

Historicamente, após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto, os juristas romano-germânicos reagiram a teoria do direito natural, predominante no século XIX, voltando ao direito enquanto valor, fixado em princípios constitucionais.

Observando que o direito, hermeticamente fechado às demais ciências naturais e sociais, falhou em proteger garantias mínimas às pessoas, após as tragédias humanitárias ocorridas, adotou-se a solução filosófica. Não por outro motivo, os paradigmas dominantes na metodologia jurídica atual emprestam largamente da filosofia em detrimento de todas as outras formas de conhecimento humano.

Prosseguindo afastado das demais disciplinas, os juristas ainda não possuíam instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as consequências futuras de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise. Não se pensava em uma teoria sobre o comportamento humano.

Nesse ponto, a Análise Econômica do Direito é necessária ao direito, dispondo de um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de análise e previsão, que, por sua vez, é fundamental para qualquer juízo de valor, que leve em consideração aos desfechos individuais e coletivos de determinada decisão ou política pública.

Após a Revolução Industrial, ocorrida na Europa e com seus efeitos difundindo-se por todo o planeta, a importância da ciência da economia tem sido cada vez mais reconhecida. A economia sempre teve um papel relevante na história da humanidade, mesmo em épocas em que a sociedade tinha hábitos rudimentares. Entretanto, pode-se creditar ao desenvolvimento da sociedade industrial a ampliação dos estudos da Economia, bem como a sua relação com outras ciências.

Como não pode estar alheio às questões corriqueiras do mundo moderno, com o passar dos anos, o Direito também foi influenciado pela economia, como também intervém de forma recíproca nela, seja na edição de diplomas legais, como nas interpretações e decisões do Poder Judiciário.

Ocorre que o direito não controla o comportamento das pessoas, ele apenas atribui consequências jurídicas às suas ações. Tem-se o livre-arbítrio de decidir e agir como bem se entende, não necessariamente como determina o ordenamento jurídico, devendo-se, como sujeitos de direito, assumir os deveres daí decorrentes.

Para compreender o direito, torna-se necessário conhecer o ser humano, destinatário das normas, e compreender suas relações interpessoais, sapiente que cada indivíduo é conduzido por seus próprios princípios e interesses.

A fim de chegar-se a tal conclusão, fundamental deixar de lado o pressuposto de que o Congresso Nacional atua como expressão do interesse geral, sem beneficiar categorias específicas.

Análise Econômica do Direito não é sinônimo de Direito Econômico, não se trata de Direito Societário, Tributário nem Contratual. Do mesmo modo não tem, necessariamente, vínculo com dinheiro (ainda que, por vezes, seja indispensável a análise de custo-benefício para o agente econômico, objeto de regulação). Na verdade, propõe uma releitura do Direito a partir de uma concepção do ser humano e de suas relações interpessoais.

Para Richard A. Posner, um dos principais teóricos da matéria, Análise Econômica do Direito tem, como ponto de partida, a característica interdisciplinar que marca seu campo de estudo.

Mackaay e Rousseau pontuam:

A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, **pretende explicitar a lógica, nem**

**sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões.** Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas. (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 7-8) grifei.

O objeto de estudo da Análise Econômica do Direito não abrange somente normas jurídicas em sentido literal, mas também o comportamento dos tribunais. Pode-se enxergar Poder Judiciário como uma empresa cujo escopo é a prestação jurisdicional, os operadores do Direito seriam os agentes e o ente principal seria a sociedade. Considera-se, neste sentido, que essa finalidade seria mais facilmente alcançada com a redução dos custos de transação (neste caso, o custo para resolver da melhor maneira possível uma demanda).

De forma bem resumida, a Análise Econômica do Direito tem como objetivo investigar a função da norma jurídica como estrutura de incentivos para atividade econômica; nada mais é, pois, que a aplicação da teoria econômica e dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas. Outro traço marcante desse ramo é a busca pela eficiência, pois considera a finitude dos insumos e investiga formas de diminuição dos custos de transação.

A concepção de se utilizar conceitos econômicos para melhor compreender o direito remonta a tempos antigos, aos estudos de Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como aos filósofos escoceses do Século XVIII.

Entretanto, o movimento atual de compreensão do direito a partir de ideais econômicos tem origem nos Estados Unidos, sendo a corrente intelectual que, nos últimos 50 anos, mais influenciou o mundo jurídico naquele país.

A ideia de interpretar o direito a partir de uma visão econômica iniciou-se a partir dos economistas, no final dos anos 50, os quais buscavam aplicar seus conceitos e métodos a questões sociais, até então entendidas como desvinculadas à matéria econômica.

A Universidade de Chicago contribuiu com a publicação de uma nova revista, no ano de 1958, o *Journal of Law and Economics*, que se tornaria o veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito. O ponto de partida é o



artigo de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991.

O mencionado movimento atual liga-se a dois ideais anteriores. O primeiro é econômico, denominado, de forma pejorativa, como imperialismo econômico, pois envolve o uso ou abuso do poder econômico, que, desde a década de 1950, usa ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional da ciência econômica: fenômenos políticos, discriminação, família, relações não de mercado, dentre outras.

O segundo ideal é o movimento jurídico dito realismo jurídico, que se manifestou entre a Primeira e Segunda Guerra Mundial, afirmando que a economia e a sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito.

Gary Stanley Becker (1930 – 2014), destacado economista estadunidense, com estudos e avanços em sua área de pesquisa reconhecidos com o Nobel em economia no ano de 1992, doutor pela Universidade de Chicago, seguia a linha da ortodoxia econômica, sendo dotados de um sólido fundamento estatístico e matemático.

Ele próprio contribuiu com o ensinamento da análise econômica do direito com seu artigo, publicado em 1957, sobre a discriminação, onde é feito um exame da posição econômica das minorias, com o estudo do setor trabalhista e da relação entre negros e brancos. Essa análise é o ponto de partida da AED.

Downs, no mesmo ano (1957), formulou a teoria econômica da democracia. Em 1962, Buchanan e Tullock, por sua vez, adotaram linha de estudos de política mediante análise econômica relacionada à forma de tomada de decisão pelo parlamento, colocando em destaque a forma em que se votam programas que favorecem apenas uma minoria. Em 1965, Mancur Olson publicou sua análise da lógica da ação coletiva.

No início da década de 60, foi publicado nos Estados Unidos um artigo de Ronald Coase sobre a questão dos custos sociais (*The Problem of Social Cost*). O referido artigo colacionou vários exemplos, tratam-se de casos naturalmente litigiosos, em que a solução inevitavelmente gera custos para as partes envolvidas.

A reflexão tem o objetivo de se dar preferência pela alternativa que minore as perdas não só para as partes, mas para a sociedade como um todo, em vez de simplesmente penalizar o causador do problema.

A partir de tal raciocínio do economista Coase, surgiu o embrião para a mudança mais importante no pensamento jurídico norte-americano no último final do século XX. Coase expôs em seu artigo como é possível pensar os direitos de propriedade com o olhar da economia, apontando que, na falta de custos de transação, não importa como é feita, inicialmente, a distribuição dos direitos de propriedade. Dessa forma, com direitos de propriedade bem definidos, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres, o êxito econômico sempre será alcançado. Assim sendo, foi definido o Teorema de Coase, como é conhecido atualmente.

Segundo Mackaay e Rousseau:

Se a ação de A tem efeitos indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prende a Pigou, considera que se produz uma “externalidade”, isto é, um descompasso entre o custo privado, de A, e o “custo social”. Esse descolamento enseja a má alocação de recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Torna-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo. (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 9,10).

De acordo com Coase, essa análise não é tão relevante para o problema. As ideias desse economista influenciaram de tal forma uma nação de pensadores nos campos de direito e economia.

Coase propôs o estudo dos custos de transação, os quais se converteram em um dos pilares da análise econômica do direito. Ele afirma que não há má alocação porque as pessoas afetadas obtêm benefícios, apesar dos encargos de sua interação, se caso lhes seja conveniente. Se, por exemplo, B, que deveria arcar com o encargo da externalidade causada por A, puder comprometer-se com este e pagar, a fim de prevenir a externalidade. Se A pode suportar os encargos melhor do que B, essa opção será, para B, menos penosa do que assumir o ônus da externalidade. Um acordo, neste sentido, é proveitoso para ambas as partes.

Neste sentido, os custos de transação passam a desempenhar papel importante na avaliação das leis e políticas públicas. Eles podem ser vistos como custos que incidem no ato de realização das trocas em uma economia.

Existem vários tipos de custos de transação em uma economia. Os mais importantes são as assimetrias informacionais, os custos de barganha, os custos legais e os de busca. A existência de custos de transação consideráveis pode levar

a economia a ficar abaixo do seu potencial – revelando ineficiências relevantes que, na ausência deles, poderiam ser extintas. Dessa forma, as proposições legislativas e as políticas públicas deveriam, sempre que possível, reduzir eventuais perdas na transação, o que se relaciona de forma direta com a decisão que determina a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Sendo assim, define-se, como um dos objetivos das proposições legislativas e das políticas públicas, maximizar a eficiência da economia, com a diminuição dos custos operacionais, conseqüentemente, levando a um bem-estar maior.

Outro artigo publicado também em 1960, de autoria de Guido Calabresi, articulava a respeito da distribuição dos riscos e a responsabilidade civil, os quais deram início ao movimento de análise econômica do direito (*Law and Economics*).

Somente no fim da década de 1960, início dos anos 70, a teoria ganhou campo nas ciências jurídicas, com Henri Manne organizando seminários de verão para difundir essas ideias entre os professores de direito. Logo em seguida, o jurista Calabresi publicou “O custo dos acidentes” e Tullock, “A lógica da lei”.

A difusão em massa do AED deu-se em 1972, por meio de um livro acessível aos estudantes de direito, cujo título é: “*Economic analysis of law*” traduzido como *Análise Econômica do Direito*, seu autor é Richard A. Posner, professor de direito, que foi dominante no assunto por dez anos.

As faculdades atualizaram-se e, nos anos posteriores, foram publicados textos de análise econômica do direito com fins didáticos, o movimento ganhou importância acadêmica como uma fonte de renovação da teoria do direito, sendo utilizada nos cursos de direito, os professores não se limitavam ao direito positivo, ministrando os ensinamentos da AED como conhecimento necessário, inclusive nas matérias mais tradicionais, como direito de propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Desse modo, instruíram-se os alunos com instrumentos econômicos, a fim de elevar a discussão acadêmica de modo a determinar se o direito está ajustado para preencher sua função.

Com a adoção da matéria pela academia jurídica, as cortes de justiça começaram a admitir argumentos de natureza econômica apresentados pelos litigantes quanto aos efeitos das decisões.

Na década de 1980, fortaleceram-se as discussões entre adversários das mais variadas formas de pensamento (filósofos, economistas, jusnaturalistas, liberais) acerca da real contribuição da análise econômica para o direito. As acaloradas argumentações que ocorreram durante os debates sobre os fundamentos da AED buscavam saber se ela trata-se de efetiva teoria do direito.

A controvérsia principal consiste em saber se a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se seria indispensável, para precisar a noção de eficácia, fixar antes de tudo os certos direitos fundamentais. Ao adotar-se a primeira corrente, aproxima-se do utilitarismo e expõe-se às objeções de quem se opõe a essa filosofia. Indaga-se se a opção entre a abordagem que permite ganhos para a coletividade mediante ganhos de alguns membros, embora com perdas de outros, culmina em saber como esquivar-se do arbítrio ao compatibilizar os ganhos e perdas e escolher os ganhadores e perdedores.

No direito ocidental, nenhum direito é absoluto nem escapa, completamente, a algum esquema de ponderação de valores como proposto pelas concepções utilitaristas. A questão é saber quais os limites, por quem, e segundo que modalidades essas trocas podem ser realizadas, mas esta compete ao direito.

A partir dessas exaltadas discussões, incentivou-se o aparecimento de outras escolas de pensamento a respeito da análise econômica do direito. Algumas delas são: Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, ligada às normas sociais, as filiadas ao direito e economia comportamental. A quantidade de linhas de pensamento poderia ter se fragmentado e desaparecido com o movimento da análise econômica do direito.

Mesmo após ser nomeado como juiz da Corte federal de apelações em 1981, Richard A. Posner ainda dedicou-se a publicar artigos e livros, dando continuidade ao movimento. E, no final dos anos 1990, surgiram diversos textos destinados a consolidar o conhecimento da análise econômica do direito, tais como enciclopédias, dicionários e obras coletivas, contendo artigos clássicos. Essas publicações mostram que a análise econômica do direito integra a doutrina jurídica nos países de língua inglesa.

Além da corrente principal, surgiu outra, inspirada nos economistas da escola austríaca, dentre eles, Hayek, Kirzner. O prêmio Nobel concedido a Hayek, em 1974, contribuiu para chamar a atenção sobre essa corrente. Essa escola evidencia

valores subjetivos, a elementar incerteza normal a todas as atividades econômicas, e apoia-se na inviabilidade das economias planificadas e das sociais democracias assemelhadas. Assim sendo, essa posição privilegia estudos sobre a inovação, o empreendedorismo, ao invés dos equilíbrios econômicos que têm, como ponto de partida, os economistas neoclássicos.

Posner liderava a corrente que interessava o funcionamento do mercado, mas além das normas impostas pelo direito, sendo necessário estudar o mercado político. Daí surgiu a escola denominada “Escolha Pública” na década de 1960, com os trabalhos de Downs, Buchanan e Tullock e Olson, atraindo cientistas políticos, mas se associando à Análise Econômica do Direito apenas na década de 80. (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 15)

Ganhador do Nobel de 1988, Buchanan criou, na Goerge Mason University, um grupo de estudos autodesignado Economia Política Constitucional, com propósito de pesquisar, a partir dos conhecidos efeitos perversos expostos pela escola da Escolha Pública, arranjos constitucionais que garantam escolhas coletivas que, de forma mais fiel possível, espelhem a vontade de todos os cidadãos, mais do que as de grupos determinados, sejam eles minoritários ou não.

O estudo da análise econômica do direito difundiu-se para além dos países de idioma inglês, após algum tempo de maturação, a fim de ser aceito. Apenas a partir da metade de 1970, na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia que se nota algum interesse. Em 1981, na Inglaterra, foi criada a Revista Internacional de Direito e Economia.

Na Europa continental, o movimento, de certa forma, foi recebido primeiro nos países de idioma alemão, somente em 1980, o aumento de produção de livros e artigos que avivaram a empolgação dos estadunidenses nos anos 1970. Nos Países Baixos, surgiu um similar interesse no final dos anos 1980, no fim dos anos 1990, notando-se o interesse provocado pela análise econômica do direito na Itália de 1970. O movimento ganhou espaço na França de forma rápida em 1970, diante da publicação de Henri Lepage e por um acervo de artigos com organização de Jean-Jacques Rosa e Florin Aftalion.

Esses autores buscavam proporcionar ao leitor uma “cultura econômica” necessária tanto para o debate político quanto para a análise econômica do direito. Por isso, tomaram partido sob a desculpa de que a teoria econômica não

representava mais do que a ideologia da direita. Essa controvérsia fez com que a análise econômica do direito tenha sido quase ignorada pelos juristas franceses por uma década completa, mesmo estando a disposição ótimos trabalhos de Christian Atias e as reflexões de Alain Strowed e Boudewijn-Bouckaert, na Bélgica. Na França, a nova economia, o movimento da análise econômica do direito, sobreviveu graças a cursos universitários de verão, a partir de 1978, sob o comando de Jacques Garelo, organizados todos os anos em Aix.

Em 1991, a análise econômica do direito ganhou um determinado grau de respeito na França, com a criação do programa Erasmus, direcionado a esse campo e que engloba as universidades de Gand, Aix-Marseille-III, Hamburg, Madrid, Manchester, Oxford, Paris-Dauphine, Rotterdam.

Mesmo a análise econômica do direito impondo-se como matéria de suma importância jurídica, historicamente parece não ter recebido a devida e completa atenção dos juristas brasileiros. Sem ignorar a influência da ciência econômica nos campos do Direito Financeiro e Econômico, uma das poucas áreas que essa intersecção é patente, aos poucos, começa a ganhar espaço no Brasil, a chamada Análise Econômica do Direito.

A disciplina ainda engatinha no Brasil por alguns fatores: a alegada singularidade da ideologia americana, atitudes divergentes em relação à ciência e prática jurídicas no mundo civil, a falta de habilidades em matemática e economia dos estudantes dos países de *civil law*, as barreiras linguísticas e a inércia, o poder comparativamente maior dos tribunais estadunidenses, os diferentes incentivos dados aos professores de Direito, o grau de protecionismo dos profissionais do Direito, a má interpretação sobre o método comparativo, diferenças culturais e até mesmo a dominação marxista das faculdades econômicas. É importante e desejável que a Análise Econômica do Direito avance alguns patamares no Brasil.

Timidamente vem ganhando espaço no Brasil, por exemplo, com a Lei nº 13.655, de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4657, de 1942), dispondo que, nas instâncias administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (*in litteris*):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

## **4.2 Fundamentos da Análise Econômica do Direito**

A Análise Econômica do Direito desenvolve-se através da utilização de algumas premissas da Economia, como a escolha, ou maximização racional, o equilíbrio, os custos de transação, a eficiência e a norma enquanto estrutura de incentivos.

A escolha racional é a ideia de que o ser humano tende a avaliar de maneira lógica e previamente sobre as vantagens e desvantagens envolvidas em determinada conduta e, conseqüentemente, a deliberar sua ação quando os prejuízos advindos não superarem as satisfações obtidas.

A ferramenta utilizada pela economia é a escolha racional que presume a estabilidade das preferências, das escolhas individuais, ao longo de certo tempo. Está incluída nela a ideia de capacidade e de imputação, haja vista que as pessoas baseiam-se, ao determinar suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados. Desvios levam a punições jurídicas ou sociais.

O equilíbrio, por sua vez, é entendido como sendo o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente.

Outra premissa explorada na análise econômica do Direito é a de custos de transação, que são os gastos necessários para a negociação, celebração e

execução de contratos. Custos de transação são aqueles que os agentes econômicos enfrentam ao recorrer ao mercado. Eles apresentam-se na pesquisa, negociação, formalidades exigidas por lei, nas garantias, execução, transporte, dentre outras.

Ronald Coase, no texto *The problem of social cost*, destaca a relevância de, ao se analisar transações, considerar os custos inevitavelmente envolvidos, inclusive, na perspectiva de que, quanto maiores forem, menor será o estímulo dos agentes em estabelecer relações:

Até aqui, desenvolveu-se o argumento sob a suposição (explícita nas seções III e IV e tácita na seção V) de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Essa é, por óbvio, uma suposição bastante irrealista. Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custo. (COASE, 1960, p.12)

Posner ressalta ainda a desejável redução dos custos de transação para a celebração de contratos, bem como soluções baratas e efetivas diante do descumprimento do contrato.

O conceito de eficiência e sua relação com a verificação da maximização de recursos e com a análise de custos e benefícios foram desenvolvidos com a utilização dos parâmetros de Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks para analisar-se a eficiência.

Economicamente falando, a conduta de determinado agente – indivíduo, entidade familiar, empresarial ou pública – é analisada sob o binômio eficiência/ineficiência, o que significa dizer que a ação em análise é estudada conforme tenha ou não contribuído para a maximização dos recursos materiais disponíveis ou para sua ótima utilização ou distribuição. A avaliação da eficiência ou ineficiência de conduta adotada por um agente econômico faz-se a partir da comparação entre seus custos e benefícios adquiridos, isto é, utilizar os meios menos onerosos para atingimento dos objetivos desejados.



O modelo econômico auxilia a identificar e compreender qual a tendência de comportamento das pessoas (como tomam decisões) diante de incentivos criados pelas diversas instituições, inclusive o Direito.

A partir da teoria microeconômica, existem quatro abordagens propostas pela Análise Econômica do Direito:

- Escassez;
- Escolha (ou maximização) racional;
- Incentivos;
- Eficiência.

Tratando sobre um ambiente com recursos escassos, as pessoas agem como externalizadoras racionais de suas satisfações. Em termos práticos, significa que, diante de diversas alternativas viáveis, as pessoas tendem a escolher aquela opção que melhor encaixe nos seus interesses pessoais, independente de quais sejam esses interesses. Expresso em outros termos, as pessoas buscam atingir benefícios maiores com custos menores.

Neste aspecto, algumas observações sobre escolha racional se mostram importantes. Primeiramente, para esclarecer que “deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização” (POSNER, 2007, p. 474). Em segundo lugar, deve-se perceber que cada pessoa maximiza apenas o que é subjetivamente avaliável e, por isso, não susceptível de comparações interpessoais.

Um dos objetivos centrais na Análise Econômica do Direito é o tratamento dos incentivos. O comportamento das pessoas pode variar de acordo com os estímulos ou desestímulos que provenham das instituições, ou seja, a inclusão ou exclusão de incentivos relacionados à determinada atividade pode influenciar na avaliação custo/benefício e, por conseguinte, pode modificar o comportamento adotado pelas pessoas, alterando a escolha racional adotada. Os incentivos são tidos pela economia como preços (monetários ou não) atrelados às escolhas das pessoas.

A eficiência, para a teoria da Análise Econômica do Direito, figura como finalidade almejada através de sua aplicação. A chamada eficiência econômica deriva de dois fundamentos econômicos: o individualismo metodológico e a racionalidade maximizadora de resultados.

Sobre a eficiência, uma conduta qualquer pode ser considerada eficiente se lhe for proporcional. Num olhar diverso, a noção de eficiência também pode ser verificada a partir do denominado “Ótimo de Pareto”, segundo o qual uma relação será eficiente quando não for possível melhorar a situação de um indivíduo sem prejudicar a situação de outro indivíduo.

Para Wilfredo Pareto, uma escolha será eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ineficiente será quando existir alguma alternativa preferível por todos, ou até por simplesmente um deles, mesmo que indiferente aos demais.

A eficiência na concepção de Pareto é completada pelo conceito de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganhem mais do que percam aqueles que têm sua situação deteriorada. Assim, os indivíduos que melhoram de sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo, eventualmente, levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de Pareto.

Note-se que tais categorias centrais são dinâmicas e interligadas entre si. Na Análise Econômica do Direito, pode-se dizer que os comandos contidos nas normas jurídicas são estímulos verídicos, interferindo no grau de escassez dos recursos disponibilizados às pessoas. Em razão disso, diante das normas jurídicas, as pessoas tendem a portar-se de modo a adotar a escolha que mais se aproxime da eficiência, posto que o comportamento eficiente sob a ótica de determinada pessoa, coincide com a alternativa que conduzirá à maximização racional de sua utilidade, assim, provoca-lhe a sensação de bem-estar.

#### **4.3 Análise Econômica da Penhorabilidade do Bem de Família do fiador dos contratos de locação imobiliária**

A economia está sempre presente. A discussão econômica invade o senso comum, a política e os meios de comunicação. Todos os sujeitos de direito são também agentes econômicos.

Questiona-se se a presença constante da racionalidade e eficiência da economia na vida quotidiana controla o ordenamento e interpretações jurídicas. Se a

economia pode contribuir para o desenvolvimento do direito. Se os valores constitucionais poderiam ser interpretados com outra ótica.

A partir de quando o direito interessa-se com valores externos e superiores, necessários para a sua própria justificação, pode soar estranho pensar que a economia, ligada ao utilitarismo, tenha algum papel na compreensão e na interpretação constitucional.

Contudo, tal fenômeno já tem sido presente em nosso país. A economia exerce uma função ativa na interpretação constitucional e o Supremo Tribunal Federal vem usando raciocínios econômicos, finalísticos e utilitaristas para compreender a Constituição e o momento em que vivemos.

Em alguns casos, a compreensão mais correta da lei formal dá-se através de uma técnica interdisciplinar que utiliza o raciocínio econômico na judicialização das intervenções do Estado na economia, a fim de atender o maior interesse da coletividade. Porquanto as razões econômicas da atuação estatal na economia que o intervencionismo poderá ser compreendido e justificado em face da Constituição econômica. O caso tratado neste trabalho é um deles, haja vista que a penhora do imóvel único do fiador perdeu a proteção de bem de família.

Diante do ocorrido, instalou-se a celeuma em torno do assunto. Afirmava-se que a referida norma estava corrompida pela inconstitucionalidade e feriria o direito fundamental de moradia (art. 6º, CF). Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o bem de família do fiador não poderia ser protegido por imposição constitucional, sendo válida a disposição legal atacada.

Em sua razão de decidir, o ministro Cezar Peluso, em seu voto, afirmou que a não proteção ao bem do fiador tem como objetivo a proteção do direito à moradia, eis que é notória a circunstância de que a grande maioria dos brasileiros exerce o seu direito de morar através de contratos de locação, os quais se tornariam ainda mais difíceis e caros, caso não se garantisse ao proprietário a possibilidade de penhora do bem do fiador. Percebe-se, em seu discurso, a análise das razões econômicas justificadoras da regulação, que foi fundamental para que se lhe compreendesse e aplicasse corretamente. A justificativa normativa fundada genericamente na Constituição Federal tornou-se insuficiente.

Considerando que a economia já possui um papel importante na interpretação constitucional, é relevante desenvolver a sistematização do raciocínio interdisciplinar a fim de ser incluído no direito brasileiro, onde é pouco presente.

A literatura da análise econômica do direito contribui neste sentido partindo da premissa de que cada indivíduo agirá de modo a maximizar seus próprios interesses. Assim sendo, as escolhas feitas por cada pessoa terão por escopo a maior utilidade que se puder alcançar e, cada situação, utilidade além do cunho pecuniário.

Posner (2004, p. 4) afirma que a análise econômica do direito, em sua perspectiva investigativa, busca destacar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas. Em seu aspecto descritivo, ela busca identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições do direito, bem como a investigação das causas das mudanças jurídicas. Já do ponto de vista normativo, a análise econômica do direito informa juízes e outros formadores de políticas públicas sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

A análise econômica da Constituição servirá para, no mínimo, lembrar aos juízes de que os direitos e as doutrinas jurídicas sempre terão um custo, que pode ou não ser mensurado monetariamente. A proibição da constrição do bem de família do fiador, por exemplo, tem impactos óbvios na disponibilidade de imóveis às pessoas de castas sociais inferiores, que não possuam meios para garantir o pagamento de seus aluguéis, bem como eventuais danos de maior monta aos imóveis que pretendam ocupar.

Há um custo disso para a comunidade, que, em alguns casos, o locador optará por não disponibilizar seu imóvel temendo o calote já comum nesse ramo, principalmente se não houver a proteção legal disposta no artigo 3º, inciso VII da lei 8009. Os índices de pessoas em movimentos sem teto e sem terra poderão ser influenciados, bem como a atividade das imobiliárias.

Não se deve olvidar, por outro lado, que a satisfação de direitos tem um custo. Na tão repetida frase de Flávio Galdino (2002, p. 200), os “direitos não nascem em árvores”. Mesmo para os direitos ditos de defesa, haverá um custo: a realização da garantia do mínimo existencial ao fiador de contrato de locação pode envolver um custo para o Estado: o de providenciar moradias a pessoas em situação de rua, ou em locais não permitidos e/ou perigosos, como nas margens de rios

propensos a inundações, próximo a ribanceiras, e amontoados em favelas, ou ainda invadindo imóveis públicos.

No âmbito da Constituição econômica, é evidente que a cláusula de proteção à propriedade privada (art. 170, II, CF) tem tanto um custo financeiro (tanto para o Estado quanto para os agentes econômicos), quanto um custo para o desenvolvimento econômico do país, que não pode ignorar a necessidade de garantir o acesso à moradia, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, II, CF).

Por exemplo: os efeitos econômicos, ou seja, as consequências a longo prazo podem desencadear, inclusive, o encerramento de determinado ramo de negócios, por intervenção estatal, que, em vez de regular o mercado, pode desregulá-lo a ponto de tornar-se inviável, considerando que, em regra, a pessoa que loca determinado imóvel para fins de moradia não dispõe de um grande salário ou de bens de raiz que deem tranquilidade ao senhorio que este tem que recorrer caso aquele não cumpra com suas obrigações contratuais.

Como já mencionado neste trabalho, Análise Econômica do Direito baseia-se nos princípios do utilitarismo, pragmatismo e realismo, iniciado nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale, durante a década de 60 do século XX.

Partindo do já mencionado teorema de Pareto, o qual afirma que uma situação econômica é ótima ou ideal quando ao menos um dos sujeitos da relação jurídica melhora de situação, sem que outro piore, a harmonização do acesso à moradia e a eficiência do mercado imobiliário devem orientar-se pela melhoria da satisfação da sociedade ou comunidade em que está posta. O mercado e o direito devem propor a melhor alternativa possível, podem encontrar uma solução mais racional e constitucionalmente adequada.

A análise econômica do Direito sugere dois valores aparentemente contrários, são eles, a liberdade de ação e isonomia. Liberdade não apenas política, mas liberdade de contratar e exigir o que foi entabulado, como motor da economia de mercado. Preconiza-se, dessa forma, a igualdade não só perante a lei (igualdade formal), mas também a distribuição dos bens produzidos pela sociedade (igualdade material).

A convergência entre o senso de justiça, no qual se fundamenta o pensamento jurídico e o objetivo do direito, e a eficiência, objeto central das ciências

econômicas, deve ser o norte do magistrado, o qual não pode simplesmente ater-se à previsão legal, sem sopesar os impactos reais no caso concreto e na sociedade como um todo.

A união dos dois valores (justiça e eficiência) pode resultar em decisões judiciais que potencializem o mercado e tornem as relações mais justas por meio da eficiência. O Direito, desse modo, encontraria o fundamento do discurso socioeconômico, possibilitando que a análise econômica do direito tenha limites bem definidos. Por outro lado, a economia sempre pode esclarecer os valores, mostrando à sociedade o que ela deve renunciar para atingir um ideal de justiça não econômico.

O Poder Legiferante, algumas vezes, edita atos normativos direcionados à proteção de uma das partes do contrato, como o locatário, por exemplo, de modo que as decisões judiciais modificam a interpretação dos contratos celebrados com base nas diretrizes do Direito Civil, bem como a teoria geral dos contratos, no princípio da equivalência das prestações e outros, culminando com a elaboração de tese jurisprudencial a fim de resguardar o inquilino e, por conseguinte, desconsiderar os efeitos imediatos sobre o mercado de locações.

O Poder Julgador, ao sentenciar, se não observar as implicações econômicas tende a despertar consequências negativas na realização e consagração dos direitos fundamentais que deve promover, dificultando o acesso aos locatários e prejudicando grandemente as garantias disponíveis ao locador, as quais já são limitadas, havendo cominação de pena cível e criminal, caso seja extrapolada, como se viu anteriormente.

Aferindo a questão do binômio primordial à eficiência, qual seja, custo/benefício, a decisão judicial que interferir na relação entre particulares pode afetar a realização do próprio direito à moradia e à autonomia privada, outro princípio basilar que seria, pois, afetado.

Maximização racional é o nome dado pela economia ao tino humano de conduzir-se conforme os benefícios advindos de sua ação ou omissão superarem os prejuízos decorrentes.

Naturalmente, as pessoas escolhem o que melhor atenda seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Buscando eficiência, os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Desse modo,

na tomada de decisão e realização de escolhas, providências serão tomadas se, e somente se, os benefícios excederem seus custos.

Ao aplicar o conceito de maximização racional anteriormente descrito, na perspectiva de que o agente tende a deliberar sua conduta conforme os benefícios obtidos não sejam superados pelos prejuízos, ao entendimento da constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação ao passo que do afiançado não, tem-se que, no que concerne ao locador, este tenderá a celebrar o contrato de locação, uma vez que a legislação propicia-lhe o benefício de ter mais uma garantia para satisfazer seu crédito, através da penhora do bem de família do fiador.

O devedor principal, munido da fiança, também tenderá a realizar o contrato de locação, uma vez que o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 1990 lhe acrescentaria o benefício de ter sua dívida assegurada pelo patrimônio de um terceiro, o fiador, sem qualquer prejuízo a seu patrimônio.

O fiador, por sua vez, não obtém nenhum benefício ao prestar garantia ao afiançado, mas, pelo contrário, uma vez que o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, que alterou a lei 8.009/1990, estaria a ensejar-lhe apenas o prejuízo de ter seu bem de família penhorado para pagamento da dívida do afiançado, sob o risco de não conseguir realizar cobrança da quantia desembolsada, dada a possibilidade do afiançado alegar-lhe a impenhorabilidade de seu bem de família, na perspectiva da premissa de maximização racional, tende a não prestar fiança em locações.

Entretanto, se prevalecer o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 e mantiver-se a disposição do artigo 3º, caput, da Lei 8.009 de 1990, no sentido da regra geral pela impenhorabilidade do bem de família tanto do locatário afiançado quanto de seu fiador, quanto ao locador, tal situação permitir-lhe-ia apenas prejuízo, pois não mais teria o bem de família do fiador locatício como garantia do cumprimento das obrigações, o que pode também desestimulá-lo a oferecer sua propriedade para locação.

Relativamente ao locatário, sua situação não seria alterada, uma vez que se entende que a regra da penhorabilidade do bem de família, ainda que inconstitucional, destina-se apenas ao fiador locatício. Logo, aquele, como devedor principal, seria mantido na mesma situação anterior de impenhorabilidade de seu bem de família, pois não há exceção legal que permita a penhora de seu patrimônio.

No que se refere ao fiador locatício, caso o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 e, conseqüentemente, o alterado artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 1990 fossem declarados inconstitucionais, de modo a restar inserido na regra geral do artigo 3, caput, da Lei 8.009 de 1990, pela impossibilidade de penhora do seu bem de família, tal situação lhe possibilitaria benefício, o que, então, lhe estimularia a prestar a fiança pela ausência de risco do comprometimento de seu patrimônio.

Assim, percebe-se que são vários os aspectos estudados pela análise econômica do direito, dentre eles, os efeitos econômicos, ou seja, as conseqüências das mudanças das regras pelos agentes econômicos, mormente quando se tratar de fato do príncipe.

Examina se atribuir-se peso diferenciado para as liberdades ligadas à pessoa, em detrimento das liberdades econômicas e também se observa a disposição dos juizes em utilizarem a análise econômica como um guia geral para a interpretação nas questões eminentemente ligadas à lógica econômica. Trata-se do estudo das relações entre economia e interpretação.

É claro que nem sempre o raciocínio econômico terá o que contribuir. Muitas vezes, ele pode ser verdadeiramente inócuo. Noutras, poderá conduzir a resultados indesejados, ou mesmo inconstitucionais. Nem toda norma constitucional é mensurável a partir de critérios de eficiência. De fato, há casos em que a Constituição toma decisões que dispensam qualquer forma de consideração econômica, bem como existem outros em que as razões que explicam a norma são de cunho moral e não econômico.

Pode-se afirmar que a economia é uma ciência preocupada com a previsão dos efeitos, incluindo-se os resultados de determinada intervenção pública e as interpretações jurídicas que lhe dão sustentação. A consideração das conseqüências pode indicar que apenas uma decisão é a correta, como também pode respaldar determinada escolha judicial, quando mais de uma resposta for possível numa primeira análise. Uma grande contribuição da visão econômica no direito foi vista na decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Existe uma interessante relação entre a interpretação econômica da Constituição econômica e o que se pode chamar genericamente de conseqüencialismo. Em algumas situações, não levar as conseqüências a sério



pode significar uma má decisão. Realmente, em casos em que a decisão judicial dar-se-á num espaço de relativa discricionariedade judicial, a consideração de elementos extrajurídicos pode contribuir para a diminuição do espectro de decisão do juiz.

Maior atenção deve-se conferir a essa grande discricionariedade quando as consequências são de ordem econômica, são fundadas em discurso racional, num discurso científico. Esses são os pontos primordiais que a teoria econômica tem a agregar no discurso de interpretação da Constituição e das leis.

Em síntese, o argumento é o de que a análise econômica da Constituição contribui para o estreitamento da discricionariedade judicial, como aqueles em que há exercício de ponderação. A justificativa econômica pode ser usada como baliza e forma de tomada de decisão.

Não se trata de defender o ativismo ou abstencionismo judicial, mas da segurança jurídica, que é um dos nortes que deve conduzir o Poder Judiciário em sua atuação. Considera-se, neste aspecto, que a análise econômica do direito facilita a produção de riqueza na medida em que gera estímulo ao investimento dos agentes econômicos, pois onde há insegurança, os investidores e, portanto, o mercado afasta-se.

#### **4.3.1 O "trade off" (custo de oportunidade) entre eficiência e equidade no direito de moradia**

Se a análise de eficiência não leva em conta o caráter distributivo nem social, mas visa eminentemente à majoração dos ganhos individuais ou sociais (quando se trata de algum grupo), o outro lado da moeda pode ser prejudicado ou não estar na mesma situação econômica, isto é, em posição de vulnerabilidade social ou hipossuficiência em relação à primeira.

De outro modo, a distribuição de riqueza deve ser analisada com cuidado, sob pena de resultar em paralisação da atividade produtiva. Torna-se útil o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito entre os sujeitos de direito, além de programas ou políticas distributivas a serem implementados pelo Estado.

A análise de custo e de benefício visa à internalização dos custos externos, considerando, para tanto, como instrumento de medida, o valor de mercado. A

regulamentação tem, como objetivo, a redução da desigualdade social, determina a compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades eficientes.

Assim, a partir das negociações ou na tomada de decisões ou a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico, como defendido segundo o princípio da eficiência econômico- social.

Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, buscando os melhores resultados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Assim sendo, evita-se que, em futuro não remoto, pelo emprego ineficiente de recursos, pela onerosidade causada ao processo produtivo doméstico, pelo desvio de recursos e pela criação de indicadores mercadológicos falsos, verifique-se o caos econômico a partir da constatação da carência de recursos em outras atividades, do alto custo para satisfazer a demanda interna, do maior desemprego ocasionado em outros setores em virtude da manutenção de empregos em atividades ineficientes, e de tantos outros problemas reflexos gerados a partir da equivocada tomada de decisão.

A maximização racional é entendida pela Economia como a axioma de que o ser humano tende a agir ou deixar de agir visando aos possíveis benefícios advindos de sua ação ou omissão superarem os prejuízos decorrentes.

Nessa perspectiva de que o agente tende a deliberar sua conduta conforme as vantagens pretendidas excedam os prejuízos, declarando-se a constitucionalidade do artigo da Lei de locações que permitiu a penhora do bem de família do garantidor fiduciário, mas tolerou a proteção ao mesmo em face do afiançado, tem-se que, no que concerne ao locador, este tenderá a celebrar o contrato de locação uma vez que tal alteração legislativa propicia-lhe o benefício de ter mais uma garantia para a satisfação de seu crédito, através da penhora do bem de raiz do fiador.

O afiançado, por seu turno, também se inclina a contratar a locação, haja vista que a lei do bem de família de 1990 lhe acrescentaria o benefício de ter sua

dívida assegurada pelo patrimônio de um terceiro, o fiador, sem qualquer prejuízo a sua esfera jurídica.

Já o fiador, uma vez que o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 estaria a ensejar-lhe apenas o prejuízo de ter seu bem de família penhorado para pagamento da dívida do afiançado, sob o risco de não conseguir realizar cobrança da quantia desembolsada, dada a possibilidade do afiançado alegar-lhe a impenhorabilidade de seu bem de família, na perspectiva da premissa de maximização racional, tende, racionalmente, a não prestar fiança em locações.

Por outro lado, se prevalecesse a votação da corte suprema pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 e mantiver-se a disposição anterior do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990, conservando-se a regra geral da impenhorabilidade do bem de família tanto do locatário afiançado quanto de seu fiador, quanto ao locador tal situação lhe permitiria apenas prejuízo, pois não haveria a garantia real do bem de família do fiador locatício para o cumprimento das obrigações, o que poderia desestimulá-lo a oferecer sua propriedade para locação.

Em relação ao devedor principal, ou seja, o inquilino, sua situação jurídico-econômica não seria alterada, porquanto a regra da penhorabilidade do bem de família, ainda que inconstitucional, destinar-se-ia apenas ao fiador locatício. Logo, aquele, como devedor principal, seria mantido na mesma situação anterior de impenhorabilidade de seu bem de família.

Sobre o fiador da modalidade em comento, se o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, e, conseqüentemente, o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 1990 fossem declarados inconstitucionais, baseando-se no direito à moradia, no princípio da isonomia, ou da dignidade da pessoa humana, de modo a retornar à regra geral do artigo 3, *caput*, da Lei 8.009 de 1990 pela impossibilidade de penhora do seu bem de família, tal situação lhe beneficiaria, estimulando-o a prestar a fiança pela ausência de risco do comprometimento de seu patrimônio

Relacionada à intenção de ganhos superiores, isto é, à maximização racional, está a ideia de equilíbrio para a Economia, o qual se verifica quando há presença da maximização racional de interesses por todos os agentes envolvidos em determinada situação, como Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam.

Na alteração proposta pela Lei 8.245 de 1991, não se vislumbra em nenhuma das duas possibilidades de sua interpretação, pela constitucionalidade ou

inconstitucionalidade, o equilíbrio na perspectiva econômica.

Observou-se que o posicionamento pela constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 não há benefícios a todos os agentes envolvidos na fiança locatícia, beneficiando tão somente a situação econômica e jurídica do locador e do afiançado, prejudicando o fiador locatício que, racionalmente, não tenderá a prestar fiança para somente obter malefícios.

A posição pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 também não permite equilíbrio, uma vez que nem todos os agentes envolvidos restarão beneficiados.

No caso em tela, para o afiançado será indiferente tal situação, enquanto para o fiador, haverá o benefício de impenhorabilidade de seu bem de família e, por fim, para o locador, haverá apenas o prejuízo de perder uma garantia de adimplemento da obrigação, através da penhora do bem de família do fiador. Logo, o locador, em uma perspectiva racional, tenderá a não oferecer seu bem para oferta de locação.

Custos de transação são aqueles despendidos na pesquisa, tratativa, celebração e execução de negócios jurídicos. Quanto maiores forem os custos de transação, menores as chances das transações concretizarem-se. Espera-se do poder público que este viabilize a diminuição custos de transação, com base em segurança jurídica, métodos que constriam os devedores a assumir e cumprir com suas obrigações, sendo que, desse modo, os agentes econômicos expõem-se a riscos menores, tornando as contratações mais vastas.

Da relação entre custos de transação e o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, aventa-se verificar se tal norma aponta aumento ou diminuição para os que têm disponibilidade para despendar gastos em razão da fiança, o afiançado e o fiador.

Antes da entrada em vigor da Lei 8.245 de 1991, não havia possibilidade de penhora dos bens de família do devedor principal, nem do devedor subsidiário/solidário, portanto, o fiador e o afiançado gozavam de tal proteção pelo artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990.

Após a vigência do artigo 82 Lei 8.245 de 1991, passou-se a entender que, na medida em que o referido dispositivo dispunha que não se poderia alegar a impenhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança, apenas o fiador estaria atingido pela exceção à impenhorabilidade.

A partir da perspectiva de que apenas o fiador poderia ser privado de seus

bens básicos para incumbir-se de solver as obrigações em decorrência da fiança, as pessoas atingidas pela mudança da lei recorreram ao Poder Judiciário, a fim de se verem livres de tal ato executório tão invasivo ao seu patrimônio mínimo, desse modo passaram a questionar a constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991.

Segundo o entendimento pela constitucionalidade do referido dispositivo, passa a existir a possibilidade de penhora do bem de família apenas do fiador, por dívida da locação. Isso porque o afiançado continuaria protegido pela regra da impenhorabilidade de seu bem de família, inclusive, em face do fiador, pois este não pode exercer direito de regresso contra o afiançado, nos mesmos moldes e com as mesmas garantias concedidas ao locador do imóvel.

Sobre a constitucionalidade do dispositivo questionado, Maria Helena Diniz afirma que tal princípio é coerente com o princípio basilar da igualdade material, que visa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, assimilando, dessa forma, a diferença de regime entre fiador e afiançado, infere-se que não há flagrante inconstitucionalidade no texto.

Deve-se considerar que a moradia é uma garantia social tutelada pelo Estado e que o fiador, ao dispor-se como garante da dívida de terceiro, assume o risco de responder pela obrigação que endossou com seus bens, utilizando-se de princípio tão basilar que nem consta no texto constitucional, como disse o ministro Gilmar Mendes, pois o fiador vale-se do princípio da autonomia da vontade, direito de primeira geração (ou dimensão).

Acredita-se, neste sentido, que se trata de um dos primeiros direitos do homem, pois a autonomia da vontade filia-se à liberdade de agir, de viver, de contratar, distratar; remontando ao Século XVIII, à Revolução Francesa e queda da Bastilha.

Saliente-se que as obrigações do locatário e do fiador têm raízes diferentes apesar de terem a mesma causa: o contrato de locação. O compromisso do locatário decorre do contrato de locação entabulado com o locador e o encargo do fiador faz-se entre ele e o locador.

Para o locador, a prevalência da constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 não lhe aumentaria os gastos para celebrar a locação. Pelo contrário, a referida regra poderia reduzir-lhe os custos de transação, pois a permissão de

utilização do bem de família do fiador pode reduzir as despesas e desgastes do locador com a cobrança em face do afiançado e de locação do imóvel, caso tenha créditos em virtude de obrigações locatícias. Uma vez que o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, ao ser considerado constitucional e mantido no ordenamento jurídico, passa a acrescentar à fiança a força de determinar a penhora, podendo culminar com a perda do bem de família do fiador por meio da dação em pagamento, leilão ou venda direta.

Entretanto, esse entendimento firmado pelo legislador e referendado pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser mais um dos custos que o fiador pode mensurar ao prestar a fiança. Tendo a norma em questão aumentado, portanto, os custos de transação em relação ao fiador, a tendência é de que os candidatos a fiadores sintam-se desestimulados a prestar fiança, de modo a arcar com tal ônus.

Interessante observar que houve queda de disponibilidade de fiadores, como hipoteticamente pode ocorrer a partir da decisão da corte máxima do nosso país, pode também acrescentar-se, ainda que indiretamente, outros custos de transação à própria locação, especialmente ao devedor locatário, o afiançado. Isso porque, na situação de necessidade de locação de bem, sem a disponibilidade do fiador, que em regra é gratuita, deverá o pretense locatário, para celebrar o contrato, em regra, oferecer outras garantias de pagamento ao locador.

Ocorre que as demais garantias à locação como a caução, o seguro-fiança e a cessão de quotas de investimento, previstas no artigo 39 da Lei 8.245/1991, são mais onerosas ao locatário, que, comumente, não possui outros bens, patrimônio, renda elevada para tranquilizar seu senhorio do pagamento de suas obrigações.

A corrente doutrinária que defende a inconstitucionalidade da penhora também pode ser analisada à luz dos custos de transação. Se a incongruência com a Constituição Federal fosse declarada, culminando com a não recepção do referido dispositivo, passar-se-ia a ter a realidade da impenhorabilidade tanto do bem de família do afiançado, como do fiador locatício, e ambos passariam a ser tutelados pelo artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990, diminuindo, assim, as garantias ao locador.

Para o locador, a perda da possibilidade de penhora e expropriação do bem de família do fiador poderia aumentar-lhe os custos de transação na locação, já que, na hipótese de inadimplemento das obrigações locatícias, sem o pagamento

pelo afiançado e fiador e a impossibilidade de penhora dos bens de família destes, o locador poderia ter seu crédito insatisfeito e amargar os custos de ter locado seu imóvel sem receber a respectiva contraprestação.

No que toca ao fiador, caso fosse decidido juridicamente pela proteção do seu bem de família em razão das dívidas da locação, tem-se que a interpretação pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 lhe reduziria um dos custos de transação, ou seja, que poderia despende ou considerar a prestar a fiança, o valor de seu bem de família. Ao existir a redução de custos para a fiança, a tendência é que os pretensos fiadores sintam-se mais estimulados a celebrar tal contrato.

Quanto ao afiançado, a inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, a princípio, não modificaria sua situação jurídica, já que permaneceria beneficiado pela impenhorabilidade de seu bem de família, o que passaria a ser estendido ao seu fiador.

Entretanto, não se pode negar que o locador, diante da impenhorabilidade do bem de família do fiador e do afiançado, sentindo-se desestimulado a ofertar a locação sem garantias, poderia adotar diversas condutas onerosas e trabalhosas para o afiançado, como estar propenso a deixar de locar seu bem, ou a locar mediante a utilização de outras garantias que não a fiança, a aumentar o valor do aluguel, bem como a exigir fiador que tenha mais de um bem na tentativa de se precaver contra o risco do inadimplemento.

Nessas situações, o afiançado, seja ao pagar aluguel mais alto ou ao arcar com outras garantias à locação, necessariamente onerosas, provavelmente teria maiores custos e desgastes para realizar a locação de um bem.

Outra premissa que a Economia utiliza para analisar o Direito é a da eficiência, a partir, preponderantemente, dos critérios de Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks.

Como já mencionado neste trabalho, a eficiência, segundo Vilfredo Pareto, dá-se quando determinada modificação da realidade permite a melhora da situação de um agente, sem piorar a de outro. A situação limítrofe em que há a máxima produção de bem-estar para um agente sem prejudicar o de outrem recebe a denominação de pareto-eficiente ou ótimo paretiano.

De acordo com o parâmetro de Kaldor-Hicks, a transação será eficiente

quando propicia ganhos a um dos agentes superiores às perdas acarretadas a outra parte e, concomitantemente, o beneficiário puder compensar os malefícios do prejudicado e, ainda assim, todos continuarem em situação melhor que antes da transação.

No presente trabalho, cumpre verificar se a alteração do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, interpretada sob a perspectiva da possibilidade de penhora do bem de família do fiador locatício, mantendo-se a impenhorabilidade de tal bem do afiançado, demonstra-se eficiente ou não, segundo as noções desenvolvidas por Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks, explicadas anteriormente.

Caso se entenda pela constitucionalidade do artigo 3º, VII da Lei 8.009 de 1990, de modo a manter-se a situação de penhorabilidade do bem de família do fiador locatício ao passo que do afiançado não, não se torna possível vislumbrar a eficiência de Pareto por tal norma. Isso porque a Lei 8.245 de 1991, que alterou a lei do bem de família, ao mesmo tempo em que propicia a melhora da condição do locador, através do reforço da garantia de cumprimento das obrigações por meio da penhora do bem de família, bem como do afiançado, ao permitir que o fiador arque com a dívida do afiançado, acarreta, em contrapartida, malefício para o fiador locatício, já que este pode perder seu bem de família sem conseguir recuperar tal prejuízo perante o afiançado.

Como o critério de eficiência de Vilfredo Pareto parte da premissa de que a alteração benéfica ao agente não pode piorar a situação de outro e, sendo o fiador locatício prejudicado, não se torna possível afirmar a presença daquela premissa econômica no entendimento de que a alteração do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 seria constitucional.

Em sentido similar, se prevalecer o posicionamento pela constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 também não se torna possível afirmar que tal regra seria eficiente, segundo o parâmetro de Kaldor-Hicks.

Embora o artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 propicie ganho ao locador e afiançados, conforme anteriormente explicado, o que, na legislação anterior, sob a vigência do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990, não aconteceria, o benefício decorrente da alteração legislativa não é superior ao prejuízo causado ao fiador, uma vez que o valor do benefício do locador advindo da penhora do bem de família do fiador pode ser, no máximo, o mesmo valor do bem cuja diminuição patrimonial



ocorreu ao fiador.

Acrescente-se, ainda, que não há previsão de mecanismos legais, nem sequer lógica do credor, parte beneficiada, compensar o fiador pelos malefícios sofridos por estes de penhora de seu bem de família, uma vez que o locador, na condição de credor, estaria apenas recebendo o que lhe é devido, em contraprestação do prejuízo de não ter utilizado seu imóvel e dos desgastes experimentados em razão da locação.

Quanto ao afiançado, a princípio, este não é beneficiado nem prejudicado pela interpretação da constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, já que a entrada em vigor de tal norma em nada altera sua situação jurídica. Esta continua privilegiada porque o afiançado segue a poder alegar a impenhorabilidade de seu bem de família, conforme artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990.

Ainda que se admitisse que a Lei 8.245 de 1991 ensejasse o benefício indireto ao afiançado locatício de ver o pagamento de sua dívida realizado pelo fiador, através da penhora do bem de família deste, livrando-se da obrigação perante o credor, ainda assim não se tornaria possível afirmar que tal norma seria eficiente, segundo o critério de Kaldor-Hicks. Em primeiro lugar, porque se o fiador, diante da resistência do afiançado, buscasse a via judicial para obter o reembolso de seus gastos ou pela perda de seu bem de família, poderia ter que suportar o fracasso da tentativa de compensação, haja vista que ao afiançado é assegurada a alegação da impenhorabilidade de seu bem de família.

Ademais, mesmo que se admitisse que, para existir a eficiência, segundo Kaldor-Hicks, bastaria a possibilidade de uma compensação eventual pelo afiançado ao fiador, ainda que ela não se efetivasse em razão da impenhorabilidade de seu bem de família ou se efetivasse voluntariamente pelo afiançado, não se tornaria possível constatar eficiência. Isso porque, sendo a fiança um contrato gratuito, sem finalidade lucrativa ou especulativa, a compensação potencial ou efetivada seria, nos termos do artigo 832 do Código Civil, estritamente no valor do que o fiador desembolsou ou dos danos decorridos da fiança, ou seja, seria em recomposição do que foi gasto sem excedentes.

Logo, o afiançado compensaria o fiador no valor do prejuízo deste último e, mesmo diante dessa compensação, não estaria o primeiro em situação melhor que a anterior à Lei nº 8.245 de 1991.

É importante lembrar que, sob a vigência da Lei 8.009 de 1990, em sua redação original, subsistia a impenhorabilidade do bem de família do afiançado e do fiador, sendo, portanto, menores as chances do fiador ter seu patrimônio comprometido e, conseqüentemente, o afiançado, sob a vigência da legislação pretérita, ter que o compensar pelos gastos tidos.

Quanto ao fiador, em sentido similar, certamente não teve sua esfera jurídica melhorada pela Lei 8.245 de 1991, pois tal norma trouxe-lhe o gravame da possibilidade de penhora de seu bem de família e, mesmo que o afiançado venha a reembolsar as quantias gastas em razão da fiança, será compensado tão-somente em recomposição dos valores que despendeu, sem excedentes que permitissem afirmar que a Lei 8.245 de 1991 tenha melhorado sua situação.

Quanto ao locador, este seria o único dos agentes que teve sua situação beneficiada pela interpretação da constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, já que antes não podia penhorar o bem de família do fiador, entretanto a legislação não prevê, e nem há lógica para tanto, a existência de mecanismos para o locador compensar o fiador prejudicado.

Dessa forma, a alteração do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, se mantido o entendimento de sua constitucionalidade e prevalência no ordenamento jurídico, não atende ao critério de eficiência de Kaldor-Hicks, pois não melhora a situação de todos os agentes envolvidos, fiador, afiançado e credor, em cotejo com a realidade que vivenciavam à luz da redação original da Lei 8.009 de 1990.

Quanto ao posicionamento pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, hipótese em que o bem de família do fiador locatício assim como do afiançado passariam a ser impenhoráveis, também não atende aos parâmetros de eficiência de Pareto nem de Hicks.

A adoção da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 acarretaria a aplicação da regra geral de impenhorabilidade do bem de família prevista no artigo 3º, *caput*, da Lei 8.09 de 1990, de modo a ensejar a não constrição do bem de família do fiador e do afiançado locatício.

Essa situação, de retomada da vigência do artigo 3, *caput*, da Lei 8.009 de 1990 sem a exceção do sétimo inciso, para o afiançado, seria indiferente, pois permaneceria beneficiado pela impenhorabilidade de seu bem de família. Já o fiador seria beneficiado, porque não mais responderia pela dívida locatícia com seu bem

de família. No que concerne ao locador, este seria prejudicado, pois perderia mais uma garantia ao cumprimento da obrigação locatícia, através da penhora e expropriação do bem de família do fiador.

Logo, como a declaração de inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 e. conseqüentemente. do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 por aquele modificado, implicaria melhora a um dos agentes - o fiador, mas, em contrapartida, ensejaria piora ao locador, tal hipótese não seria eficiente, segundo o critério de Vilfredo Pareto.

Quanto à eficiência, segundo Kaldor-Hicks, também não estaria presente na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991. A questão relevante para verificação da eficiência de Kaldor-Hicks não se encontra somente na análise da existência de benefícios e prejuízos, uma vez que o referido critério, ao contrário do paretiano, admite a existência de prejuízos e, na hipótese da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, como demonstrado anteriormente, existem benefícios, experimentados pelo fiador, e prejuízos sofridos pelo locador.

A presença da eficiência de Kaldor-Hicks está na verificação se há mecanismos de compensação, ainda que potenciais, pelo beneficiário da situação de inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 ao prejudicado e, principalmente, se ambos envolvidos na hipótese de inconstitucionalidade, mesmo que beneficiados, prejudicados ou potencialmente compensados, ficam, ao final da alteração, em situação melhor que a anterior ao entendimento da inconstitucionalidade.

A princípio, o que se observa é que o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 ensejaria apenas que fosse estendida a impenhorabilidade do bem de família ao fiador locatício, já que, retirado o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990, passaria o fiador automaticamente a enquadrar-se na regra geral do *caput* do referido último artigo com o benefício de impenhorabilidade de seu bem de família.

Diante dessa hipótese, o fiador seria beneficiado pela oportunidade de não mais ter seu bem de família penhorado e expropriado para o pagamento da dívida do afiançado, situação certamente melhor que a experimentada na vigência do artigo 8.245 de 1991, quando poderia ter seu bem de família penhorado por dívida

de locação.

O locador, em contrapartida, sofreria o prejuízo de, se ocorrido o inadimplemento, não poder efetivamente expropriar o bem de família nem do patrimônio do afiançado nem do fiador locatício, inclusive, sem ter assegurada em lei, portanto, qualquer possibilidade daqueles lhe compensarem por tal malefício.

Já que, na vigência da Lei 8.245 de 1991, o locador pode penhorar o bem de família do fiador e, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 82, tem retirada essa prerrogativa, certamente a partir dessa hipótese, não teria sua esfera jurídica melhorada em comparação com a anterior situação pela constitucionalidade dos dispositivos em comento.

Quanto ao afiançado, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, imediatamente, não alteraria sua situação, já que já vinha beneficiado pela impenhorabilidade do bem de família antes de possível decretação da inconstitucionalidade e tal dispositivo e, mesmo com esta, permaneceria com tal benefício.

Dessa forma, uma vez que as situações do locador, do fiador e do afiançado não são melhoradas a partir de eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, não se poderia afirmar que haveria a presença nessa hipótese de eficiência, segundo Kaldor-Hicks.

Importante registrar que ainda que se cogitasse que o afiançado fosse indiretamente beneficiado pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 - uma vez que sem a penhorabilidade e expropriação do bem de família do fiador, este não sofreria prejuízo (obviamente, se o bem de família fosse o único que tivesse) e, portanto, não se voltaria contra o afiançado -, ainda assim não haveria eficiência no sentido de Kaldor-Hicks, uma vez que não há a previsão sequer de potencial compensação pelo afiançado, possivelmente beneficiário, ao locador pelo prejuízo que este obteve.

Tecidas algumas considerações sobre a análise do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 à luz das premissas da economia de maximização racional, equilíbrio, custos de transação e eficiência, passa-se, a seguir, a refletir sobre tal norma à luz de outra noção econômica relevante, a norma enquanto estrutura de incentivos.

O direito, enquanto estrutura de incentivos, baseia-se na convicção de que, através de normas, bem como por decisões judiciais, pode estimular ou desestimular

condutas pelos agentes envolvidos, conforme os benefícios e prejuízos decorrentes deles.

Conforme discorrido anteriormente, a possibilidade de constrição do patrimônio do fiador, além do que seria permitido ao afiançado, acarreta benefício direto ao credor da locação, que, por meio da penhora do bem de família do fiador, obtém uma garantia especial do cumprimento da obrigação. Permite, também, benefício indireto ao afiançado, já que, através da penhora do bem de família do fiador, poderá livrar-se da obrigação locatícia perante o credor.

Quanto ao fiador locatício, a constitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 acarreta-lhe prejuízo, pois passa a submeter-se ao risco de ter seu bem de família penhorado e expropriado para pagamento de dívida alheia, o que não acontecia na vigência da legislação anterior, nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.009 de 1990.

Uma vez que o conceito de norma enquanto estrutura de incentivos relaciona a ideia de estímulos pela norma, ao possibilitar benefícios aos agentes e desestímulos de ações ao propiciar prejuízos, torna-se possível inferir que, se mantida a vigência do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 e, conseqüentemente, o entendimento de sua constitucionalidade, tal norma, a princípio, e isoladamente, incentivaria o locador a oferecer bens para locação, já que seria beneficiado com a penhora do bem de família do fiador locatício.

Quanto ao afiançado, também restaria estimulado pela norma, entretanto, de modo negativo, a agir de má-fé, ou seja, a não realizar pagamento de aluguéis tendo em vista que um terceiro, o fiador, poderia ter seu patrimônio utilizado para o pagamento da dívida, ao passo que o do afiançado, não.

Por fim, a alteração do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 desincentivaria os sujeitos a prestarem fiança em virtude das chances de penhora e expropriação de bens de família, bem como do risco de não recuperarem o prejuízo tido, já que os afiançados podem alegar a impenhorabilidade do bem de família, inclusive, em sede de cobranças pelo fiador, em regressos dos prejuízos tidos com o locador.

Interessante observar que não houve a declaração da inconstitucionalidade via controle concentrado do artigo 3º, inciso VIII da Lei 8.009, mas se verificou o julgamento de várias ações no Supremo Tribunal Federal no sentido de ratificar a validade do referido dispositivo, inclusive, consolidando o entendimento esposado

por meio da tese 295, em recurso repetitivo que deve ser seguida por todo poder judiciário.

Contrariando suposições da economia, mais de uma década após o primeiro julgamento pelo pleno no STF que declarou a constitucionalidade do dispositivo, em Recurso Extraordinário amplamente destrinchado nesta dissertação, verifica-se, em pesquisas desenvolvidas pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo (CRECI, 2021), em que percebe a manutenção da fiança em primeiro lugar, com folga, em todos os meses do ano de 2020, sendo, em alguns casos, utilizada mais de 100% (cem por cento) das vezes que a segunda modalidade de garantia, nas locações registradas pelo conselho regional.

2020	Fiador	Seguro Fiança	Depósito	Sem garantia	Caução de imóveis	Cessão Fiduciária	Total
Janeiro	<b>45,35%</b>	16,84%	20,58%	3,88%	11,43%	1,92%	100%
Fevereiro	<b>40,25%</b>	14,51%	23,88%	4,47%	11,23%	5,65%	100%
Março	<b>46,26%</b>	12,40%	24,17%	2,63%	9%	5,54%	100%
Abril/Maio	<b>49,64%</b>	11,31%	21,42%	0,99%	12,47%	4,17%	100%
Junho	<b>43,38%</b>	14,70%	22,59%	3,36%	12,46%	3,51%	100%
Julho	<b>43,66%</b>	14,81%	27,61%	2,08%	7,92%	3,92%	100%
Agosto	<b>41,06%</b>	17,49%	24,29%	1,87%	9,68%	5,61%	100%
Setembro	19,10%	14,83%	<b>37,98%</b>	9,89%	16,63%	1,57%	100%
Outubro	<b>44,49%</b>	17,82%	22,53%	1,57%	10,38%	3,22%	100%
Novembro	<b>38,98%</b>	19,87%	23,18%	3,73%	11,11%	3,14%	100%
Dezembro	<b>42,29%</b>	18,69%	20,99%	3,54%	9,99%	4,51%	100%

Fonte: CRECI, 2021

As informações expostas demonstram que a Lei 8.245 de 1991, no que concerne ao artigo 82, alcançou seu objetivo de estimular a locação de imóveis, através da utilização da fiança.

Apesar do proprietário de imóveis ser estimulado a locar seu bem utilizando a possibilidade de penhora e possível expropriação do bem de família do fiador, as pessoas, dado o risco de perderem seus bens de família, tendem a sentir-se menos estimuladas a gratuitamente oferecerem-se como fiadoras das outras.

A partir da aplicação da premissa de norma enquanto estrutura de incentivos à posição da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, entende-se que tal situação beneficiaria o fiador e, provavelmente, o estimularia a prestar fiança, uma vez que não estaria mais sob o risco de perda de seu bem de família, caso o afiançado não cumpra as obrigações locatícias.

Quanto ao afiançado, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, por um lado, seria indiferente, uma vez que permaneceria com o benefício da impenhorabilidade de seu bem de família, por outro lado, dificultaria, sobremaneira, seu acesso à locação de imóveis, diante da reticência do proprietário em alugá-lo sem ter uma garantia robusta.

No que concerne ao locador, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 lhe traria o prejuízo com a perda de garantias à locação, especialmente, de penhorabilidade e expropriação do bem de família do fiador.

Logo, quanto menor for a garantia do cumprimento das obrigações locatícias, na hipótese, menor a oferta de fiadores, provavelmente menor será o interesse do locador em oferecer seu bem para locação sem garantias, retomando-se à situação justamente vivenciada após a entrada em vigor da Lei 8.009 de 1990, a qual o legislador propôs-se a modificar através da Lei 8.245 de 1991; conforme exposição de motivos demonstrada anteriormente.

## 5 CONCLUSÕES

Nunca foi fácil a vida de quem procura imóvel para alugar, bem como a vida de quem possui imóveis e disponibiliza-os para locação. É função do Estado e do mercado tornarem mais eficiente as transações comerciais no sentido de que mais negócios sejam realizados.

Compreende-se que projetos de lei e as ciências econômicas podem influenciar no mercado de modo a incentivar ou dificultar o acesso dos candidatos a locatários de imóveis.

São inúmeras as exigências por parte das empresas imobiliárias para aprovarem alguém como inquilino. Uma delas é a garantia, a qual será executada caso o locatário não cumpra com suas obrigações junto à locadora/corretora de imóveis ou ao proprietário. Poucas são as locações sem qualquer forma de garantia. Por vezes, solicitam-se duas ou mais formas de reaver o que lhes é de direito.

Proposta legislativa que excluiu o fiador de contrato de locação do rol dos bens de família impenhoráveis procurou tornar mais fácil o acesso à moradia arrendada, proporcionando acesso do locador a uma garantia mais robusta, visto que o cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial, no Brasil, é tarefa árdua, dispendiosa, demorada e, muitas vezes, infrutífera, haja vista que há um espectro de devedores que permanecem sem adimplir suas dívidas e os credores não encontram bens livres e disponíveis para compensar seu crédito.

Fato é que o proprietário do imóvel, bem como o corretor de imóveis e a empresa administradora dos aluguéis precisam receber. Estes, juntamente aos clientes em potencial que fomentam esse mercado e, caso torne-se inviável ou muito dificultoso, haja vista os custos de transação, de oportunidade, de execução, ele pode decrescer, acumulando prejuízos e deixar de atender a demanda crescente.

A sociedade atual é muito, muito diferente da sociedade de trinta, quarenta anos atrás. Naquele tempo, as famílias eram grandes, com muitos tios, filhos, familiares e agregados de toda ordem. Viviam reunidos em casas grandes, com cozinhas grandes e vários quartos.

Hoje em dia, impera o individualismo. Os jovens vêm do interior para a capital, ou mudam de cidade, sozinhos, para ingressar em curso superior, adultos são aprovados em concurso e têm necessidade de mudar de endereço, sozinhos ou em



casal, no início da vida profissional. Enfim, por diversos motivos, pessoas deixam seus lares, suas cidades, no início de sua vida adulta, ou por outra razão, não possuem um grande salário (ou qualquer salário), nem outros bens ou outra garantia que possam prestar por si próprios, sem necessidade de recorrer a familiares (fiança), amigos, a bancos (seguro de fiança locatícia). Do mesmo modo que não possuem, por vezes, direito disponível para pagar de forma antecipada a locação (caução). Muitas pessoas sequer sabem o que seria o instituto da cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (risos).

Este é o Brasil e o ordenamento jurídico deve atender a todos. Entretanto, a lei 8245/91, que regula as locações de imóveis urbanos prevê apenas essas quatro garantias.

Então, como fazer? O inquilino mal tem dinheiro para pagar seu aluguel. Paga porque precisa, há quem não tem opção. Ele precisa morar em algum lugar. Está garantido na Constituição, mas quem garante que ele vá morar? Onde? Em qual imóvel? Quem permitirá que o candidato ali resida? Qual é a garantia do pagamento dos aluguéis? Da água, da energia elétrica, do condomínio, dos possíveis danos no imóvel? Quem permitirá que um desconhecido adentre no seu imóvel e faça de residência?

A partir da entrada na posse, o morador/possuidor/inquilino já possui suas garantias constitucionais da inviolabilidade de domicílio. Posse direta do imóvel. Defesa da posse. Acesso aos interditos proibitórios. Direito do consumidor (caso contrate a locação com imobiliária ou corretor de imóveis). Direito de não ser perturbado, direito de não ser retirado à força, senão por ordem do juiz, direito de não ser cobrado de forma vexatória e insistente... dentre outros.

De plano, imediatamente, o inquilino adquire os “direitos e garantias” nominados anteriormente. Não há o que se falar contra eles, são direitos legítimos e devem ser garantidos e protegidos, pois foram conquistados pelo povo, após ver-se arbitrariedades, violência, aborrecimento, por parte do particular interessado e do poder público.

Buscou-se garantir, a partir da alteração legislativa, os direitos do credor, que é a outra parte indispensável na relação jurídica em questão. Não há mercado, inquilino, imóvel, oferta, anúncio, imobiliária, sem o proprietário do imóvel que adquire o terreno, constrói ou contrata construtora, e disponibiliza um bem de valor

considerável a outrem que, geralmente, nem conhece ou acaba de conhecer, provendo-lhe moradia em troca de uma contraprestação geralmente mensal.

As leis e a constituição são decisões eminentemente políticas, valorativas, que, em tese, representam a vontade da coletividade. A análise econômica do direito não enxerga com esses olhos, ela prega que as pessoas agem no intuito de maximizar seus ganhos. Elas buscam eficiência. O deputado, o presidente da República, o proprietário e o inquilino também buscam ganhar o máximo possível e despende o mínimo. Nada mais que o normal. O capitalismo funciona assim e tem prevalecido porque é dessa forma que o ser humano racional trabalha.

Fato é que os locadores não deixarão de exigir garantia para proteger seu patrimônio, sabedores dos custos para acionar a justiça estadual, dos custos com advogado, da morosidade do Poder Judiciário e da grande possibilidade de não ter a sua parte do contrato adimplida, caso o inquilino insista em não querer pagar.

Se fosse declarado inconstitucional o artigo 82 da lei 8245/91 que alterou o artigo 3º da lei 8009/90, a situação do pretense locatário tornar-se-ia mais difícil caso se proibisse a penhora e constrição do imóvel único do fiador, na hipótese de o locatário deixar de pagar os aluguéis. Desse modo, o fiador teria de ser dono de pelo menos dois imóveis para ser aceito pelas imobiliárias.

Neste caso, os interessados em alugar um imóvel apenas poderiam fazê-lo a partir de duas garantias: o seguro-fiança ou o depósito de três meses do valor do aluguel em conta poupança, instrumentos já permitidos pela lei de regência, mas que exige disponibilidade financeira imediata do pretense locatário, que, muitas vezes, não desfruta de situação econômica favorável naquele momento de mudança de cidade, de vida, de emprego etc.

Complicando o acesso ao fiador, será mais difícil aprovar o cadastro de quem pretende alugar um imóvel e não tem condições de pagar seguro-fiança ou fazer o depósito exigido como garantia.

As instituições bancárias, que não são bobas, também exigem suas garantias para comprometerem-se a segurar o locatário em seguro de fiança locatícia, ou reivindicam altos valores, inviabilizando o indivíduo que consegue pagar apenas alguma quitinete ou outro pequeno imóvel, compatível com sua renda mensal.

Há quem defenda que a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação imobiliária desestimule o garantidor a oferecer-se a avalizar o

devedor principal, haja vista que, em regra, o contrato de fiança é gratuito, isto é, o fiador não ganha absolutamente nada e ainda deve considerar a possibilidade de responder pela dívida subsidiária ou solidariamente com seu patrimônio particular.

Para a análise econômica do direito, com base em Coase, Hicks e Posner, não faz sentido uma pessoa colocar seu patrimônio em risco para favorecer outrem, sem obter nenhum lucro. É contra a ideia de maximização racional, em que se busca os maiores benefícios, com os menores prejuízos.

Ocorre que nós, humanos, não somos seres totalmente racionais, mas seres emocionais e agimos assim, de forma deficitária, como é a atividade do fiador gratuito, por vínculos emocionais. Por maior que seja o patrimônio de qualquer pessoa, esta não se prestará ao serviço se não houver um motivo interno, em regra emocional, que a dirija a este fim, porque não é um objetivo econômico.

Obviamente a conduta envolve dinheiro, prestação de serviços e um produto, mas essa “parte econômica”, com certeza, não conduz o fiador a garantir, sem nenhuma retribuição, outra pessoa que obtém todos os benefícios da prestação de serviços e do produto, coletivizando apenas os ônus.

Verificou-se, também, que a interpretação no sentido da inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991, sob a perspectiva da análise econômica, não atende quanto ao locador a premissa de maximização racional e, conseqüentemente, não permite equilíbrio, tendendo a aumentar os custos de transação para locador e afiançado, o que não é desejado em alterações legislativas concernentes a contratos, e, por fim, não enseja eficiência segundo os parâmetros de Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks.

No que concerne à norma enquanto estrutura de incentivos, tal premissa não se encontra presente na interpretação pela inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991. Isso se dá em virtude da possível tendência do locador passar a se sentir desinteressado em locar seus bens sem a garantia de cumprimento da obrigação, ou seja, através da penhora do bem de família dos devedores, afiançado e fiador.

Logo, declarar a inconstitucionalidade do artigo 82 da Lei 8.245 de 1991 no sentido da impenhorabilidade do bem de família do fiador e afiançado locatício, do ponto de vista econômico, não seria medida que, conforme almejado na exposição de motivos de tal legislação, necessariamente propiciaria estímulo à realização de

locações.

A constitucionalidade do cânon foi declarada claramente, observando-se questões de mercado, como este comportar-se-ia e qual seria a situação dos novos inquilinos que buscassem a residência arrendada àquele tempo.

Hodiernamente, há diversas formas de se executar o devedor principal e subsidiário como pela penhora via convênio BacenJud, restrição e penhora de veículos via RenaJud, acesso a endereços de devedores pelo InfoJud, bem como os sistemas de proteção ao crédito. Todos eles são úteis e facilitam a solução dos conflitos de maneira rápida e eficiente, sem a necessidade de apelar-se ao bem de família, entretanto, somente têm eficácia para quem possua bens penhoráveis.

O artigo 833 do Código de Processo Civil dispõe de um extenso rol de bens impenhoráveis, possuindo, além desses bens, apenas pessoas que tenham um padrão de vida mais elevado. Analisando-se de perto, um pequeno percentual de brasileiros tem patrimônio livre e desimpedido suficiente para cobrir danos e dívidas de maior monta.

É cediço que nada é de graça, não se constrói nem um pequeno patrimônio “da noite para o dia”, são necessários esforço, dedicação, renúncias e muito trabalho. Não se pode, assim, arrancar a dignidade da pessoa se há tantas outras formas de obter-se o pagamento de dívidas.

A influência dos contratos de locação na conformação do direito fundamental à moradia e a respectiva garantia de fiança resultam de interesses sociais e econômicos, que, sob a proteção da propriedade, execução e segurança jurídica, objetivam estabelecer a autodeterminação e a justiça contratual. Não se pode, em uma análise econômica e jurídica das relações contratuais, negligenciar o ambiente em que ela forma-se, isto é, o mercado.

Deve-se afirmar ainda que não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia, haja vista que apenas o bem de família do fiador pode ser excutido, protegendo-se o patrimônio do fiador. Como já demonstrado nesta dissertação, esta conclusão deriva da aplicação do princípio da igualdade material, tratando-se diversamente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Obviamente estão em situações diversas locatário e fiador. Locatário, para fins de moradia, loca o imóvel, em regra, porque não tem outra opção, ele tem que morar em algum lugar, para manter a integridade física e de seu patrimônio, a sua

dignidade etc. O fiador, por sua vez, manifesta um ato de compaixão para com o afiançado, não se trata de retribuição financeira, porque não há. O fiador não precisa disso, não ganha nada, mas auxilia quem precisa de seu apoio, por uma questão de afeto, amizade, companheirismo ou vínculos afetivos. O fiador garante de bom grado, mas deve sopesar as consequências de seus atos antes de assinar o contrato de fiança, sábio das consequências jurídicas e econômicas de tal obrigação.

Comprova-se o ato de desprendimento o fato de que a fiança prossegue sendo a garantia mais utilizada pelos locatários e locadores, mesmo após a vigência da lei 8245/91, a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, da edição da tese em recursos repetitivos e enunciado sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda há que se esparcar a suposta afronta ao direito de moradia, com a declaração de constitucionalidade da norma em questão, haja vista que a penhora do bem de família do fiador não o impede de morar. Máxime porque em regra, nem de longe, a dívida locatícia aproxima-se do valor de um imóvel.

Desse modo, evidentemente, o fiador que perceber a possível retirada de um patrimônio seu, de valor considerável, perderá sua casa por um valor irrisório, comparado ao seu imóvel, partindo-se do pressuposto que um mês de aluguel de imóvel residencial gira em torno de meio por cento a um por cento do valor do imóvel alugado.

Destarte, observa-se a intenção implícita na lei, que não é efetivamente tomar o teto do fiador, mas o constranger a quitar uma dívida, que, geralmente não ultrapassa dez por cento do valor de uma casa. Dessa forma, entende-se que o temor de um mal maior faz com que o devedor solidário ou subsidiário, aqui denominado fiador, pague a dívida do devedor principal, proporcione-lhe um acesso mais fácil à moradia e fomente, de forma esplêndida, um mercado imobiliário em crescimento.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, R. **Soluções para o dilema da eficiência e da equidade**. 2000. Disponível em: <http://ricardoabramovay.com/solucoes-para-o-dilema-da-eficiencia-e-da-equidade/>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

ARAÚJO, A. V. de. **1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298909/1--turma-do-stf-comete-lamentavel-equivoco-em-julgamento-sobre-a-possibilidade-da-penhora-do-bem-de-familia-do-fiador-na-locacao-comercial>. Acesso em: 11 de mar. 2021

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2006.

BARRETO, L. H. D. Função social da propriedade: análise histórica. **Boletim Jurídico**. 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil/751/funcao-social-propriedade-analise-historica>. Acesso em: 05 de jan. de 2021.

BERTUOL, M. K. Função social da propriedade. **Revista ETIC**, v. 4, n. 4, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A%20Na%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,em%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A%20Na%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,em%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil). Acesso em: 05 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 02 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 de dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 02 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 02 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 02 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Carta de Lei de 25 de Março de 1824. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 05 de jan. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969.** 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 03 de jan. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 05 de jan. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: 02 de jan. 2020.

CALEGA, J. R. G.; OLIVEIRA, D. L. de. **Constitucionalização do direito civil e seus efeitos na responsabilidade civil**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/constitucionalizacao-do-direito-civil-e-seus-efeitos-na-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 08 de jan. de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 7ª edição. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12 ed., revista e atualizada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTILHO, M. C. **Desapropriação**: conceito, requisitos e panorama geral. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://mcristina.jusbrasil.com.br/artigos/146506504/desapropriacao>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CHAGAS, M. A. B. A. A doutrina da função social da propriedade. **DireitoNet**. 2002. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/795/A-Doutrina-da-Funcao-Social-da-Propriedade>. Acesso em: 05 de jan. 2021.

CHALHUB, M. N. Função social da propriedade. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003.

COASE, R. **O problema do custo social (1960)**. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies.[S.l], v.3, n.1, 2008. Disponível em:<<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>> Acesso em: 27. Fev.2021.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil**: Parte Geral, volume 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI. **Pesquisa de mercado.** 2021. Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/comunicacao/pesquisasmercado/estadual>. Acesso em: 29 de jan. 2021.

CONJUR. **STJ amplia a aplicação da impenhorabilidade do bem.** *Revista Consultor Jurídico*, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-02/stj-amplia-aplicacao-impenhorabilidade-bem-familia>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

CORTIANO JÚNIOR, E. A propriedade privada na constituição federal. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 2, 2014.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo.** 25. Ed., São Paulo: Atlas, 2012.p. 166

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

DOMINGOS, T. O.; CUNHA, L. R. da. A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento. In: TAVARES NETO, J. Q.; FEITOSA, R. J. R (Org). **Direito tributário II.** Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 48 – 71.

DUGUIT, L. **Manuel de droit constitutionnel.** 2 ed., Paris: De Boccarel, 1911.

DUGUIT, L. **Traité de droit constitutionnel.** 2 ed., Paris: De Boccard, 1921.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Direito civil: teoria geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: JusPODIVM, 2013.

FERREIRA, S. N. Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e no Mercosul. **Revista Jurídica**. v. 8, n. 83, 2007.

FIUZA, C. **Direito Civil**: Curso Completo. 12ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009  
GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIMARÃES, J. M. R.; OLIVEIRA, L. G. de; RIBEIRO, M. F.; SALES, A. C. R.; REIS, N. M. S. dos. A função social da propriedade: sua efetivação através das políticas públicas. **Jornal Eletrônico das Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 4, n. 1, 2017.

GOMES, O. **Direitos Reais**. 21 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

GOMES, R. E. L. F. **É possível a penhora de bem de família do fiador de contrato de locação?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2569536/e-possivel-a-penhora-de-bem-de-familia-do-fiador-de-contrato-de-locacao-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em: 07 de jan. de 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil**: Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, J. R. **Bem de família: a validade da penhora diante da garantia oferecida pelo próprio devedor**. Acesso em: <https://jus.com.br/artigos/17260/bem-de-familia-a-validade-da-penhora-diante-da-garantia-oferecida-pelo-proprio-devedor>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

JUNQUEIRA, A. L. ROQUE, C. M. **Da possibilidade de penhora do bem de família do fiador**: Críticas ao projeto de lei 6.413 de 2009. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 maio 2010.

JUSBRASIL. **Bem de família**. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Bem+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

LEÃO, C.; FRIAS, L. Os objetivos da tributação: a interpretação liberal e a interpretação social da propriedade privada. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v.12, n.3, 2017.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, L. A. de.; PRADO, T. A. C. **Uma análise crítica acerca da possibilidade de penhora do bem de família de elevado valor econômico**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/uma-analise-critica-acerca-da-possibilidade-de-penhora-do-bem-de-familia-de-elevado-valor-economico/>. Acesso em: 15 de mar. 2021.

LISBOA, R. S. **Manual de Direito Civil**, volume 1: Teoria Geral do direito civil, 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, N. J. B. Direito, Constituição e Estado de bem-estar Social: algumas aproximações. **JUS**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26563/direito-constituicao-e-estado-de-bem-estar-social-algumas-aproximacoes>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

MACHADO, A. **Supremo reconhece impenhorabilidade de bem de família de fiador**. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-ago-17/bem\\_familia\\_fiador\\_impenhoravel\\_reconhece\\_stf](https://www.conjur.com.br/2005-ago-17/bem_familia_fiador_impenhoravel_reconhece_stf). Acesso em: 07 de jan. de 2021.

MACHADO, S. B. S. **Propriedade privada e função social: o regime jurídico da propriedade urbana no Brasil**. 2014. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre.

MELO FILHO, A. M. de. Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e a proporcionalidade dos meios de Execução. **JUS**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55458/teoria-do-estatuto-juridico-do-patrimonio-minimo-e-a-proporcionalidade-dos-meios-de-execucao#:~:text=A%20Teoria%20do%20Estatuto%20Jur%C3%ADdico,cada%20in-div%C3%ADduo%20tenha%20vida%20digna>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

MELO, J. M. D. de. A função social da propriedade. **Revista Âmbito Jurídico**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. –São Paulo: Saraiva, 2013.

MIGALHAS. **É possível penhora de bem de família desde que parte de valor seja suficiente para que devedor compre outro imóvel**. 2020 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/333393/e-possivel-penhora-de-bem-de-familia-desde-que-parte-de-valor-seja-suficiente-para-que-devedor-compre-outro-imovel>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

MIGALHAS. **Fiador comercial não pode ter bem de família penhorado**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/336302/fiador-comercial-nao-pode-ter-bem-de-familia-penhorado>. Acesso em: 09 de mar. 2021

MILGALHAS. **STF afasta penhorabilidade de bem de família do fiador na locação comercial**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/281979/stf-afasta-penhorabilidade-de-bem-de-familia-do-fiador-na-locacao-comercial>. Acesso em: 10 de mar. 2020.

MIRANDA NETTO, F. G. de. **A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MONTESQUIEU, C. S. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, E.V.; MORAES, I. Direito de propriedade: como funciona no Brasil? **Politize**. 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-propriedade/>. Acesso em: 05 de jan. 2021.

NOGUEIRA, O. **Constituições Brasileiras: 1824**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NONES, N. Direito de propriedade e função social: evolução histórico-jurídica. **Revista Jurídica**, v. 13, n. 25, 2009.

NUNES, A. N. F. **A impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial: o RE 605.709 e a acertada mudança de entendimento do STF**. 2019. Disponível em: <https://migalhas.com.br/depeso/303333/a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador-em-contrato-de-locacao-comercial--o-re-605-709-e-a-acertada-mudanca-de-entendimento-do-stf>. Acesso em: 12 de mar. 2020.

OLIVEIRA, E. S. **Direito Constitucional**. 5. ed. – São Paulo: Premier Máxima, 2006 (Elementos do Direito).

OLIVEIRA, G. K. L. de **A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador em locação comercial**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-08/opiniao-bem-familia-fiador-locacao-comercial>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Resumo de Direito Constitucional Descomplicado**. 5 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

PIMENTA, E. G. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 170, abr/jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/92839/1/Pimenta%20Eduardo.pdf> >. Acesso em: 22 de jan. 2021.

PIMENTEL, M.; PINTO, E.; LINS, E. Comentários acerca dos precedentes judiciais sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador a partir dos posicionamentos do STJ e do STF: o refinamento da ratio decidendi no tempo. **Revista Forense**, v. 430, 2019.

POSNER, R. **Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 26

RICARTE, R.; CARVALHO, A. B. B. de; ALMONDES, I. S.; SANTOS, L. V. dos; PIAUILINO, L. B. C.; ALVARENGA, P. M. L. A evolução do direito de propriedade ao longo das Constituições brasileiras, com ênfase na ideia de função social da propriedade. **JUS**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32656/a-evolucao-do-direito-de-propriedade-ao-longo-das-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-ideia-de-funcao-social-da-propriedade#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201824%20inclu%C3%ADa,garantida%20pela%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20do%20Imperio%E2%80%9D>. Acesso em: 05 de jan. 2021.

ROSSI, L. G.; MAINO, P. A.; GALEAZZO, I. G. **Considerações sobre o bem de família do fiador em contratos de locação**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/opiniao-bem-familia-fiador-contratos-locacao>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. Londres: Penguin, 2011.

SANTOS, M. T. dos; MIRANDA, R. D. de. Princípio da função social da propriedade e sua efetividade no século XXI. Porto Alegre: Lex Magister, 2020. Disponível em: [http://lex.com.br/doutrina\\_27757685\\_PRINCIPIO\\_DA\\_FUNCAO\\_SOCIAL\\_DA\\_PRO](http://lex.com.br/doutrina_27757685_PRINCIPIO_DA_FUNCAO_SOCIAL_DA_PRO)

PRIEDADE\_E\_SUA\_EFETIVIDADE\_NO\_SECULO\_XXI.aspx. Acesso em: 02 de jan. 2021.

SANTOS, R. **Carmén Lúcia anula penhora de imóvel de fiador em contrato de locação comercial**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/penhora-imovel-contrato-locacao-comercial-anulada-stf?imprimir=1>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES, W. C. Função social da propriedade: esboço histórico. **Revista Âmbito Jurídico**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/funcao-social-da-propriedade-esboco-historico/>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. A lei do inquilinato comentada. 5ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 15 de mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro considera inconstitucional penhora de imóvel familiar para o pagamento de fiança**. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647&caixaBus%20ca=N>. Acesso em: 08 de jan. de 2021.

TARTUCE, F. **Penhora de imóvel de família de fiador é inconstitucional**. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-ago-26/penhora\\_imovel\\_familia\\_fiador\\_inconstitucional](https://www.conjur.com.br/2005-ago-26/penhora_imovel_familia_fiador_inconstitucional). Acesso em: 07 de jan. de 2021

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**, 3. ed. rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**: 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEODORO, J. **Novo sistema de penhora online poderá influenciar o mercado imobiliário**. 2020. Disponível em: <https://www.crecimg.org.br/novo-sistema-de-penhora-online-podera-influenciar-o-mercado-imobiliario/>. Acesso em: 09 de mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Introdução e parte geral, volume 1. 13. Edição – São Paulo: Saraiva, 2011.