

**A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM ÚNICO  
DO FIADOR E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
MORADIA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE  
ECONÔMICA DO DIREITO\***

The (un)seizability of family property the guarantor  
and fundamental right to housing under the  
perspective of economic analysis of law

*Vitor Seidel Sarmiento \*\**

*Para chegarmos a uma sociedade justa temos de raciocinar  
juntos sobre o que significa a vida boa, e de criar uma cultura  
pública que acolha os desacordos que inevitavelmente surgirão.*

*(Michael Sandel)*

**RESUMO**

Este trabalho busca analisar as formas de garantia do contrato de locação de bens imóveis a partir da análise econômica do Direito, tendo em mira a exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família e o direito fundamental à moradia. Para tanto, realizar-se-á o estudo por meio da compreensão interdisciplinar do Movimento *Law & Economics*

\* Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito parcial para aprovação na disciplina de Direito Civil II, ministrada pela professora Dra. Cristina Grobério Pazó.

\*\* Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Contato: vitorss@gmail.com

e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria. Além disso, cumpre-se examinar o seguro-fiança locatícia como instituto jurídico capaz de harmonizar os valores constitucionais presentes. Sem dúvida, as exigências contemporâneas assinalam a necessidade de convergência entre os horizontes do pensar jurídico e econômico.

**Palavras-chave:** Penhorabilidade do bem de família do fiador. Direito fundamental à moradia. Análise econômica do Direito.

### ABSTRACT

The present work intends to analyze the forms of guarantee of real property lease contracts in an Economic Analysis of Law perspective, focusing on the exception to the rule of unseizability of family property and the Fundamental Right to housing. To this end, this study will be done through the comprehension of the Law & Economics Movement, and the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court about the matter in vogue. Moreover, bond insurance is seen as a legal institute able to harmonize the constitutional values. Doubtlessly, the contemporaneous requirement demonstrates the necessity of convergence between horizons of legal and economic thinking.

**Keywords:** Seizability of family property the guarantor. Fundamental right to housing. Economic analysis of law.

### INTRODUÇÃO

No percurso da história do conhecimento jurídico, a cabo de levá-lo ao pedestal de ciência do Direito, esse se erigiu dia após dia com vistas a si próprio. Como num constante olhar para o espelho, buscou acertar um ponto específico aqui, outro ponto ali, tendo em mira a unidade, a coerência e a completude: <sup>1</sup> Fracassou. O Direito hodierno, recheado de formulações teóricas, é a prova disso, já que a sua capacidade de lidar com uma sociedade complexa se exauriu.

Contudo, nos últimos tempos, tem-se intensificado e perquirida uma visão interdisciplinar do Direito, que enxergue os problemas jurídicos em seu contexto maior, a considerar o espaço econômico. Nesse sentido, tal manifestação se expressa também nas inúmeras áreas do

direito privado (Direito Civil), mais especificamente, no campo dos contratos. O escopo deste trabalho, assumindo uma metodologia interdisciplinar, é realizar uma leitura atenta ao regime de locação e ao direito fundamental à moradia que predisõem a necessidade de convergência e intercâmbio da análise econômica sobre o discurso de interpretação e aplicação normativa.

Desse modo, o contrato de locação e a penhorabilidade da residência do fiador é um exemplo bastante ilustrativo e relevante dentro da seara jurídica, porquanto, à luz do Direito Constitucional Fundamental, a moradia e a autonomia privada possibilitam a observação e o diálogo epistemológico entre a Economia e o Direito, a saber, o conhecido movimento anglo-americano *Law & Economics*. O trabalho divide-se em três partes: no primeiro capítulo, passa pela natureza do contrato de locação e suas garantias referentes à execução e adimplemento (caução, seguro-fiança e fiador); no segundo, pelo direito fundamental à moradia, o contexto de vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas e o bem de família, bem como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria; encerra-se, assim, pretendendo examinar a efetivação do direito fundamental à moradia segundo a perspectiva da Análise Econômica do Direito, enfatizando o seguro-fiança locatícia. Por isso, pergunta-se: garantir e executar os contratos de locação observando as garantias é o que de fato aponta a efetivação do direito à moradia? Pela moldura econômico-normativa, tentar-se-á, sem pretensão de esgotar o tema, preencher esse espaço.

## **DO QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE CONTRATO DE LOCAÇÃO?**

O contrato de locação ou locatício é um importante instituto jurídico do Direito Privado. Uma das espécies contratuais de maior relevância é a difusão e aplicação prática na esfera do Direito Civil. Inserido no contexto do mundo negocial, a locação constitui-se num elemento que muito contribui ao desenvolvimento das relações jurídicas provenientes da sociedade.

A sua genealogia, o que não poderia ser diferente, quando se fala de contrato, remonta aos primórdios do Direito Romano. Ulpiano, im-

portante jurista da época, vocalizou as primeiras e inestimáveis noções a respeito do que seja o contrato, o célebre brocardo latino: “[...] *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”,<sup>2</sup> que, traduzido, significa “[...] o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”.

Fruto da herança e legado do Direito Romano, o contrato desenvolveu-se, em que pese a espécie locatícia que se formou, e ganhou contornos sob três modalidades ou categorias diferentes: *locatio conductio rerum* (locação de bens); *locatio conductio operarum* (locação de serviços); e *locatio conductio operis* (empreitada). Desde o período romano, segundo as lições de Pontes de Miranda, as relações firmadas entre os locadores e os locatários foram transformadas em verdadeiras relações de *senhores e súditos*,<sup>3</sup> exprimindo a preeminência do locador sobre o locatário.

Embora a vetusta divisão não mais se coadune e compatibilize com o próprio entendimento jurídico atual – adotado pelo Código Civil de 2002 – mostra-se importante no sentido de compreender a evolução e o progresso do referido instituto, ao passo que Arnaldo Rizzardo é enfático em expressar: “Esta tripartição de formas não perdurou. A locação de serviços assumiu ora feição de contrato de trabalho, ora empreitada, fazendo insurgir, assim novas espécies de convenções. Ou seja, no direito moderno estas três modalidades contratuais submeteram-se a regimes jurídicos distintos”.<sup>4</sup>

Os contratos, em especial, o locatício, desempenharam, ao longo da história da humanidade, extraordinário papel de funcionalização e operacionalização de circulação das riquezas. Enzo Roppo, autor da célebre obra “O Contrato”, observa que o acordo, resultante de vontades humanas aptas a produzir efeitos, é a exata formalização jurídica da operacionalização econômica.<sup>5</sup> O regime do Direito Contratual, nesse sentido, dispõe-se à conclusão dessa premissa.

De fato jurídico à pedra angular do sistema econômico-financeiro do capitalismo mundial, o contrato de locação se insere nesse equacionamento que projeta e se forra sobre os valores da livre iniciativa e da liberdade de contratar. É nesse íterim que o contrato instrumentaliza a manifestação da liberdade de participação na economia, caminhando, *pari passu*, ao lado do princípio jurídico do direito à propriedade e de sua respectiva função social.

Conquanto a função econômica, exige-se, todavia, atenção especial do legislador, jurista e indivíduo, haja vista as decorrências e os efeitos no campo social, econômico e cultural para a concretização do direito à moradia e à autonomia privada, os quais se estabelecem como último bastião da dignidade da pessoa humana.

## CONTRATO DE LOCAÇÃO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA PARTES E OBJETO

O substantivo “locação” é ato derivado da expressão verbal “locar” que, segundo o estudo etimológico, vêm do latim *loco* (*locus*) “lugar” e significa o ato de alugar, arrendar um determinado objeto.

À luz da dogmática civilista, a locação consiste num contrato pelo qual as partes (contraentes) dispõem-se a estabelecer os termos de concessão a outrem, mediante pagamento da fruição de determinada coisa (bem móvel ou imóvel), serviço (locação de serviço) ou obra (locação de obra). Essas três modalidades compõem a espécie do contrato locatício.

Notáveis civilistas fornecem conceitos que se aproximam e se identificam. Salvo Venosa define a locação como o contrato pelo qual um sujeito se compromete, mediante remuneração, a facultar a outro, por certo tempo, o uso e gozo de uma coisa (locação de coisas); a prestação de um serviço (locação de serviços); ou a execução de uma obra (empreitada).<sup>6</sup> Orlando Gomes conceitua como um arrendamento, quando uma pessoa traspassa para outra, durante determinado período, e mediante retribuição de certa importância de dinheiro.<sup>7</sup> Ulhoa Coelho define, por seu turno, como contrato em que uma das partes cede temporariamente o uso e fruição de um bem infungível à outra, que, em contrapartida, obriga-se a pagar uma remuneração.<sup>8</sup>

A teoria do Direito Contratual disciplina as classificações e características da natureza jurídica do contrato de locação: a) *bilateral* ou *sinalagmático* – cria obrigações recíprocas para ambas as partes (locador e locatário ou inquilino), predicado este essencial, pois é dele que se invoca o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido); b) *oneroso* – já que produz para ambas as partes vantagens econômicas; c) *comutativo* – pois estabelece desde

a avença o conhecimento e o equilíbrio subjetivo das prestações; d) de *execução continuada* – não se exaure num único ato, sendo-lhe necessário o transcurso do tempo com a persistência da obrigação; e) *não solene* – uma vez que prescinde de forma especial. Nesse sentido, leciona Monteiro:

Constituem contratos bilaterais, onerosos, comutativos e consensuais; são *bilaterais*, porque ambas as partes se obrigam reciprocamente, *onerosos*, porque cada delas busca si a obtenção de determinada vantagem, *comutativo*, porque as mútuas vantagens visadas pelos contratantes são equivalentes e conhecidas desde o início do contrato, e *consensuais*, porque não dependem de forma especial, salvo em casos muito particulares.<sup>9</sup>

São pressupostos fundamentais à qualificação do contrato de locação: as partes, o objeto, a remuneração e o consentimento. As partes intervenientes correspondem ao locador, aquele que se obrigou a ceder coisa ou prestar algo para a outrem; e o locatário, quem recebe a coisa para fruir e gozar de bem móvel ou imóvel, prestação ou empreitada. Para efeito de contrato de locação de bens imóveis, recebe as partes, segundo a Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245, de 1991), terminologia própria: senhorio (locador) e inquilino (locatário).

No que tange ao objeto, configura-se uma prestação que deve ser lícita, possível, determinada e de apreciação econômica, cujo bem seja infungível e inconsumível; não se pode, por exemplo, locar um pote de suplemento alimentar ou a energia elétrica corrente. A remuneração, outro item constitutivo do contrato, refere-se ao aluguel quando da locação de coisas, ao salário em hipótese de prestação de serviço e ao preço na empreitada. Há, ainda, a necessidade do consentimento, este *inter partes*, expresso ou tácita, despiciendo de vícios.

Na topografia do Código Civil de 2002, é possível observar a distribuição do instituto jusprivatístico dos contratos de locação em três passagens: Capítulo V – Da Locação de Coisas, compreendendo os artigos 565 a 578; Capítulo VII – Da Prestação de Serviços, nos termos dos artigos 593 a 609; e, por fim, Capítulo VIII – Da Empreitada, reunindo os artigos 610 a 626. Alude-se, desse modo, ao preço dado pelo legislador à referida matéria em que são dispensados exatos 43 artigos pelo macrossistema do Código Civil de 2002.

Insculpido no art. 565 da Constituição do homem comum, o contrato de locação de coisas assinala que uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição. A Lei do Inquilinato sistematizou a locação de imóveis urbanos em três grupos distintos: locação residencial (art. 46 e 47, CC/02); locação para temporada (art. 48, CC/02) e locação não residencial (art. 51, CC/02).

## **AS GARANTIAS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS**

A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, regulamenta sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, tratando, em seu art. 37, acerca das espécies de garantias locatícias. A redação legal preceitua:

*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.*

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

A razão de ser da garantia é dedicar-se à proteção. A garantia é um meio para fazer valer os direitos. Segundo Ruy Barbosa, a garantia é um meio e/ou instrumento de natureza assecuratória,<sup>10</sup> de modo que sua finalidade precípua se encontra na efetiva tutela e observância de determinados direitos. À esteira, Diniz assinala que toda garantia é uma proteção que se concede ao credor, aumentando a possibilidade de receber aquilo que lhe é devido.<sup>11</sup>

Na seara civilista, as garantias existem com o nítido propósito de assegurar o cumprimento da obrigação principal. No contrato de locação, é incluído para fornecer ao locador a devida segurança jurídica



concernente ao pagamento do aluguel que recai sobre o bem imóvel. São raros os contratos de natureza locatícia desprovidos de alguma garantia.

O art. 37 preceitua quatro tipos de garantias nos contratos de locação de imóveis residenciais, quais sejam: caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. A enumeração contida no rol do art. 37 é taxativa (*numerus clausus*) e não permite a cumulatividade, ou seja, veda a exigência de duas garantias para assegurar a locação de um mesmo contrato, sob pena de nulidade. Por ora, tratar-se-á das três primeiras garantias.

## CAUÇÃO

A garantia da caução consiste, nos termos do art. 38 da Lei nº. 8.245/91, em um depósito em dinheiro de um bem móvel ou imóvel, de propriedade do locatário, abonado como garantia da dívida que possa vir a existir em relação ao contrato locatício. Assim, consigna Venosa ao dispor que a lei, ao referir-se à caução, o faz notadamente à sua acepção real, já que menciona que a garantia poderá ser de bens móveis ou imóveis.<sup>12</sup>

A caução pode ser realizada sob três formas diferentes. Por meio de bem móvel, imóvel ou dinheiro. A caução em dinheiro é frequentemente usada nas relações jurídicas, não podendo ser superior ao montante de três meses de aluguel e, uma vez concretizada a operação, a pecúnia em questão ficará indisponível pelo período de tempo necessário a garantir o contrato de locação.

Pode ocorrer com bens móveis, de qualquer natureza, desde que dotado de valor comercial – um videogame, por exemplo. Nessa hipótese, o contrato que descreverá o videogame, indicando o modelo, a cor e as características relevantes, deverá ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos da Comarca. Finalmente, com bens imóveis oferecidos como garantia da locação, o contrato deverá conter todas as informações necessárias do imóvel e constar a averbação no Cartório de Registro de Imóveis.

A despeito de baixa incidência e alvo de críticas por parte da doutrina, a garantia locatícia do depósito de caução avizinha-se necessária e imprescindível no contexto jurídico brasileiro, diante das peculiari-



dades contratuais que surgem por diversos cantos do País. Cumpre mencionar que a gama de garantias oferecidas contribui para a maior dinamicidade, plasticidade e flexibilidade dos contratos jurídicos que, em última análise, representam algo de útil e valioso à sociedade.

## SEGURO DE FIANÇA LOCATÍCIA

O seguro-fiança, previsto no inciso II do art. 37 da Lei do Inquilinato, consiste num pagamento em que uma das partes (seguradora) se obriga com a outra (locador) a ressarcir-lo de danos que porventura surjam em eventuais contratos.

No art. 48 da mesma lei, tem-se que, “[...] no caso de seguro fiança, este deverá garantir todas as obrigações locatícias, sejam as de aluguel, multa e demais encargos que recaem sobre o imóvel locado”. Maria Helena Diniz assinala que o seguro-fiança (modalidade de seguro de crédito) é um pagamento de uma taxa, correspondente a um prêmio mensal ou anual que se ajusta, tendo por fim garantir o pagamento de certa soma ao locador.<sup>13</sup>

Caracterizado como uma garantia do adimplemento do aluguel do segurado, o seguro-fiança exonera os habituais fiadores e avalistas e impede o constrangimento de solicitar a outrem que se responsabilize por si. A garantia é regulamentada pelo órgão da Superintendência de Seguros Privados, entidade vinculada à Administração Pública Federal, com sede no Rio de Janeiro, responsável pelo controle e pela fiscalização dos mercados de seguros. A Superintendência de Seguros Privados (Susep)<sup>14</sup> editou, em 1992, uma circular tratando do seguro, a qual segue a observância dos princípios contratuais do seguro e de sua impossibilidade de ser cumulado com qualquer outra garantia.

Pode-se concluir, portanto, que o seguro de fiança de prédio residencial avalizará o negócio jurídico celebrado entre as partes, possibilitando o seu natural cumprimento. A circular nº 92 da Superintendência de Seguros Privados (Susep) prevê diversas condições do contrato de seguro-fiança locatícia e denominou as partes contraentes: locador (segurado-beneficiário), inquilino (garantido) e seguradora.

## FIANÇA

A fiança é um instrumento dirigido à garantia do cumprimento das obrigações. Por um contrato suplementar de fiança, estabelece-se uma obrigação de garantia ao cumprimento da obrigação principal. Por presunção normativa, o fiador, em regra, responderá subsidiariamente, isto é, somente quando o devedor principal se tornar insolvente, porém é pacífica e consolidada pela jurisprudência a aplicação da responsabilidade solidária no pacto de locação.

Desde quando o fiador assume o compromisso de garantir o adimplemento das obrigações assumidas pelo locatário, impõe-se a ele a obrigação solidária de pagamento dos aluguéis. Se o fiador, todavia, cumpre a obrigação que garante, adquire a possibilidade de ajuizar uma ação por via regressiva em face do devedor.

Denominada largamente pela doutrina como garantia pessoal ou fidejussória, em razão de ser garantia de um terceiro perante o locador, para assumir justamente as devidas responsabilidades advindas das obrigações contidas no contrato locatício (devedor/locatário), Carlos Roberto Gonçalves assinala que a fiança é: “Contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. Alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor”.<sup>15</sup>

A garantia da fiança é bastante empregada no universo contratual, sobretudo no âmbito da locação. É uma das espécies de garantia de locação inscritas na Lei do Inquilinato. Trata-se de contrato típico e unilateral, já que o fiador se obriga unicamente ante o credor. É regulamentada pelo ordenamento jurídico-civilista e subordina todo o patrimônio e não somente um único bem, aplicando-se, por conseguinte, os princípios contratuais derivados do Código Civil ao microsistema da Lei do Inquilinato.

A Lei n.º 8.009, em seu art. 3º, que teve incluído o inciso VII por força da Lei n.º 8.245, ressaltando a situação de penhora nos caso de “[...] obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, cuida de uma das excepcionalidades atinentes à regra da impenhorabilidade do bem de família; a qual se vê, e é objeto de estudo do presente

trabalho, nos contratos de locação de imóvel residencial do casal ou de entidade familiar.

As orientações jurisprudências e normativas extraídas dos dispositivos legais indicados reafirmam a controvérsia jurídica, legislativa e doutrinária a respeito do tema que, por si só, enseja e implica diversos resultados na seara da economia e do Direito, mormente o exercício dos direitos fundamentais à moradia, à autonomia privada, à livre iniciativa, à função social da propriedade e do contrato, bem como à justiça contratual, todos agasalhados pela *Lex Mater*.

## **O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA E A EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM ÚNICO DO FIADOR EM CONTRATOS LOCATÍCIOS: DA BATALHA JURÍDICA AO NECESSÁRIO DIÁLOGO TRANS-DISCIPLINAR**

Na história dos direitos humanos fundamentais, das lutas sociais, revoluções e rupturas para fazê-los realidade, não há vitória definitiva, muito menos derrotas permanentes. Percorrendo-se a longa, diuturna e contínua afirmação histórica dos direitos humanos, nota-se que o direito à moradia nem sempre foi reconhecido e assegurado explicitamente pelos diplomas normativos mundo afora.

A moradia, como direito social fundamental, foi garantida pela primeira vez na órbita jurídica internacional com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup> (DUDH), de 1948, ao integrar o núcleo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os denominados direitos de segunda ou terceira dimensão.<sup>17</sup> À medida que textos internacionais de direitos humanos juridicizaram, positivando o direito à moradia, este passou a firmar-se em inúmeras legislações internacionais<sup>18</sup> e a estabelecer progressiva e gradualmente o seu conteúdo jurídico.

Nesse tom, o bem de família ou residencial, a regra da impenhorabilidade e a Lei do Inquilinato são reflexos jurídico-normativos da proteção ao direito à moradia e dos resultados da condução econômica

sob o império da lei, sobretudo pela força da perspectiva econômica que, ao imiscuir-se nos princípios jurídicos e na atividade interpretativa e aplicadora do jurista, se defronta com situações fortemente imbricadas (Direito e Economia).

A tutela da moradia familiar combinada com o instituto do bem de família reúne duas forças estatutárias do Direito brasileiro que, somadas, intentam efetivar o direito fundamental à moradia, isto é, a habitação, a observar os conflitos entre princípios constitucionais que brotam na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mormente sob o novo paradigma pós-positivista que vigora.<sup>19</sup>

A moradia é a morada fundamental dos direitos sociais, econômicos e culturais. É o direito que consagra e viabiliza um lar ao destelhado, um pedaço de chão neste vasto mundo; lugar para habitar, conviver, rir e chorar. Invocar o conforto, lazer, educação, saúde, alimentação e muitos outros direitos prestativos só faria total sentido se houvesse um lar para desfrutá-los. Ou mais, como falar em vida, intimidade, segurança sem sequer ter um lugar para habitar? Tais direitos são prolongamentos e emanações da pessoa humana e devem ser gozados condignamente sob uma moradia.

Ademais, cumpre transcender o debate que ocorre entre quatro paredes (jurídicas) e recorrer ao diálogo, à comunicação e ao intercâmbio de ramos do conhecimento. O Direito e o Poder Judiciário devem ser analisados sob o prisma da interdisciplinaridade – entre elas, o Direito e a Economia. Reconsidera-se, assim, a noção conceitual de Direito, tendo em vista a complexidade dos fenômenos jurídicos que se atrelam às relações, aos valores e à racionalidade econômica, a fim de que seja possível harmonizar os princípios da efetividade, justiça e desenvolvimento aos destinatários dessas normas.

## O BEM DE FAMÍLIA

Com o fenômeno da despatrimonialização<sup>20</sup> e repersonalização<sup>21</sup> do Direito Civil, que remanejou a pessoa humana para a centralidade da ordem jurídica, fundada na primordial valorização dos aspectos existenciais do ser humano, os institutos civilistas ganharam novos escorços, entre os quais se destaca o bem de família. Este se insere nesse

novo ambiente jurídico que suplantou a arcaica estrutura normativa e deu lugar à tábua axiológica orientada pelo núcleo inderrogável da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

O instituto jurídico do bem de família introduzido no ordenamento jurídico brasileiro é originário do Direito estadunidense. A doutrina é quase unânime ao discorrer sobre a influência do modelo *homestead*.<sup>22</sup> O grande civilista brasileiro Clóvis Beviláqua, para fins de conceituação, ensina que, nos Estados Unidos, tal instituto exprime a isenção de penhora, criada em benefício da pequena propriedade, numa espécie de garantia da propriedade particular.<sup>23</sup>

Álvaro Villaça pontua que diversas famílias dos EUA emigraram para outras redondezas como forma de fugir da perseguição de credores, de modo que, na região do Texas, o governo declarou-os desobrigados de execução judicial por dívidas de imóveis residenciais urbanos ou rurais.<sup>24</sup> Assim, construía-se o princípio do *homestead* no direito comparado.

No atual Código Civil, de 2002, o Bem de Família foi transferido para o Direito de Família, Capítulo V – Do Poder Familiar – disciplinando-a no título concernente ao direito patrimonial (arts. 1.711 a 1.722). Regulamentado por Lei Especial (Lei nº 8.009, de 1990), o imóvel configurado como bem de família é respaldado pela regra da impenhorabilidade, excepcionados os casos estabelecidos pela lei.

O bem de família é conceituado, segundo as preleções de Francisco Amaral, como um instituto que autoriza o chefe da família a separar do seu patrimônio, desde que destinado ao domicílio familiar, determinado bem imóvel com o objetivo de protegê-lo, razão pela qual se acrescenta a cláusula de não ser executável por dívida, ressalvando-se a hipótese decorrente de impostos.<sup>25</sup>

O instituto em apreço divide-se em duas categorias estatuídas pelo Código Civil: *voluntário* ou convencional, e o *legal* por força da Lei nº. 8.009, de 1990. O primeiro, regulamentado pelos arts. 1.711 a 1.722, é dividido em móveis e imóveis, os quais se qualificam como tal por intermédio da vontade ou convenção do proprietário que, imbuído do propósito de morada familiar, institui por escritura pública registrada a condição de bem de família.

O bem de família não se reduz a entidades familiares, pois se tem, progressivamente, reconhecido a sua inexaurível finalidade. Desse modo, reconhece-se a união estável entre homem e mulher e, em atendimento aos fins sociais da lei, a admissão da extensão do bem de família à residência de pessoa solteira ou viúva, irmãos solteiros, e mais recentemente, com base nas decisões do STF<sup>26</sup> e STJ,<sup>27</sup> abarca-se a união estável homoafetiva, incidindo, portanto, numa expansão protetiva sobre toda pessoa humana.

A segunda categoria, denominada legal, constitui-se de modo involuntário, isto é, não se vincula ou depende da tomada de decisão do proprietário do bem, por força de lei. A lei em comento é a de nº. 8.009, de 1990. De acordo com as lições de Álvaro Villaça: “O instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento”.<sup>28</sup>

Nos arts. 1º e 5º da Lei nº. 8.009/90, é possível extrair a necessidade de que o imóvel mantenha e se destine à finalidade precípua de moradia familiar, isto é – lar – local hábil para se viver e residir, assim como se dá na categoria do bem de família voluntário.

## O DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA

O Brasil é um país democrático e de direito. Um Estado Constitucional que apregoa o indelével autocomprometimento com os direitos fundamentais e com o corolário da dignidade da pessoa humana. Nação fincada na economia de mercado e encravada também nos valores sociais e no bem-estar da sociedade que, aliás, constituem fundamento da República.<sup>29</sup> Nessa dualidade sistemática de valores plasmada pela Carta Magna, repousa o direito à moradia,<sup>30</sup> incluído na Carta de Outubro por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, adquirindo o *status* normativo de matriz constitucional.

O direito à moradia pertence ao núcleo de direitos designados por prestativos, porquanto geram direitos subjetivos para os particulares e deveres para o ente estatal. O fundamento e o conteúdo jurídico residem na prática tomada pelo Estado de prover discriminações positivas.

Em outras palavras, num direito que assegure à pessoa e lhe garanta, por meio de desigualdades fáticas, o mínimo material propulsor da existência digna e reveladora do respeito à integridade física e psíquica.

Assim, nas lições de José Carlos Viera de Andrade, o direito à moradia é resultado do fenômeno da socialização que suplantou o modelo liberal. O Estado passa a ser cada vez mais requisitado a dirigir o cotidiano da vida social: “[...] exigem-se do Estado medida de planejamento econômico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”,<sup>31</sup> já que tais tipos de direitos, ainda segundo Andrade:

Cumpra-se pela organização de um sistema estadual, que, especialmente através de leis e de atos da Administração, deve definir e executar, conforme as circunstâncias, políticas (de trabalho, habitação, saúde e assistência, ensino, etc.) que facultem e garantam o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos. Essa ação estatal tanto pode consistir na proteção legislativa de interesses (limitação dos casos de despejo de habitações, por exemplo), como na atribuição de benefícios ou prestações financeiras (isenções, subsídios, bolsas, pensões).<sup>32</sup>

Por outro enfoque, indaga-se se o direito à moradia tem aptidão de impor à Administração Pública o dever de oferecer uma casa digna para todos os cidadãos que estejam vivendo em condições deploráveis, extrapolando-se o princípio da reserva do possível. Diante de tal questionamento, é que se pode precisar de modo mais categórico o que se entende por direito fundamental à moradia.

Ao defini-lo, Sarlet afirma que é preciso desvencilhar o direito à moradia do direito à propriedade, de modo que o direito à moradia se contextualiza com outros direitos anexos, tais quais, à vida, à alimentação, à saúde, à privacidade, à intimidade e, por fim, à propriedade, conformando zonas de construção dos direitos sociais.<sup>33</sup> O constitucionalista George Marlmestein Lima expõe a ambivalência desse direito ao asseverar que

O direito à moradia, do mesmo modo, gera, além de deveres positivos ao Estado, obrigações de caráter negativo. O Estado estaria violando o direito à moradia se, por exemplo, permitisse que habitações modestas, pertencentes a pessoas de baixo recurso, fossem demolidas e substituídas



por mansões de luxo que estivessem fora do alcance de compra dos moradores originários, sem lhes oferecer alternativas razoáveis de moradia.<sup>34</sup>

Com o reconhecimento do direito à moradia, deve-se dar efetiva qualidade de vida com vistas à dignidade, à saúde e à segurança. Isso se proporciona a partir da disponibilidade, por parte do Poder Público, de instrumentos capazes de fornecer o acesso a uma moradia financeiramente acessível, com adequada qualidade de habitação (tamanho mínimo, proteção contra intempéries e outros fatores) e localização cultural. Entretanto, se o direito não for implementado por meio de políticas públicas de fomento à moradia, a coletividade se distanciará a cada dia daquele sonho popular de ter uma “casa própria”.

## A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No direito, após o legado do século XX, de inegáveis reflexões e embaraços o que, para o historiador Eric Hobsbawm, foi breve e extremado, sua história e suas possibilidades edificaram-se sobre catástrofes, incertezas e crises, o que ele convencionou denominar de a *era dos extremos*<sup>35</sup> – alterou seu rumo e destino com a elucubração de novas teorias jurídicas, em especial, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou efeito vinculante dos particulares aos direitos fundamentais.

Em apertada síntese, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais refere-se à incidência dos direitos fundamentais sobre os particulares, as pessoas, destinatários estes (sujeitos passivos) que não o Estado, mas indivíduos que devem observar e respeitar os direitos constitucionalmente assegurados. A afronta e a violação aos direitos reconhecidos pelo texto constitucional não se reduzem aos atos perpetrados pelo ente estatal, pois decorrem também de ações de pessoas, coletividades e grupos privados. Sobre a matéria, Daniel Sarmento vocaliza a guinada da teoria do Direito Constitucional:

Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas,

como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.<sup>36</sup>

Os direitos fundamentais surgem no contexto do liberalismo político-econômico invocando a proteção do indivíduo em oposição ao poder estatal (direitos de defesa). Tais direitos, terminologicamente consagrados como direitos de primeira dimensão, consistiam numa limitação ao exercício do poder do Estado com o fito de resguardar as garantias individuais. Em função dessa construção ideológica e cultural, prevaleceu a tese segunda a qual se prepondera a relação Estado-indivíduo (verticalidade jurídica) em detrimento da relação horizontal (indivíduo/particular-indivíduo/particular). Daniel Sarmento corrobora o rompimento e mudança da concepção dos direitos fundamentais ao descrever sobre as relações interparticulares:

No Estado Social, [o poder] se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugidio ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado.<sup>37</sup>

A teoria da eficácia horizontal, formulada e erigida pela doutrina e a jurisprudência germânica durante o pós-guerra, cujo julgado *Lüth*,<sup>38</sup> proveniente do Tribunal Constitucional Federal alemão do ano de 1958, constitui-se decisão emblemática e paradigmática no que tange à irradiação e aplicação das normas constitucionais no Direito privado e suas relações. Ademais, acerca da horizontalidade dos direitos que recaem sobre os destinatários ou sujeitos passivos das normas de direito fundamental, estas se dividem em dois modos: a) a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais; e b) eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

A vinculação indireta ou mediata dos particulares aos direitos fundamentais explana-se no meio-termo entre aqueles que negam por completo a incidência normativa dos direitos fundamentais nas relações privadas e aqueles que advogam pela plena aplicabilidade de tais preceitos. A teoria indireta, assim, sustém que os direitos são

assegurados não pela via direta da Constituição, mas por instrumentos oriundos da própria legislação infraconstitucional, ou seja, o código civil, trabalhista, penal, comercial, processual, agrário e outros.

De outro lado, a concepção dogmática da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada afirma que os direitos fundamentais não se subsumem somente às relações garantidas pelo Estado, pois também se arrogam sobre as relações privadas independentemente da legislação infraconstitucional. A eficácia direta, portanto, funda-se nos vetores axiológicos e deontológicos esposados pela Constituição Federal. A eficácia imediata, nesse sentido, torna a Constituição pináculo da ordem jurídica, porque a leitura de todo ordenamento jurídico se perfaz necessariamente pela ótica da normatividade constitucional.

Um dos casos mais elucidativos e explícitos no que diz respeito à consequência da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode ser vislumbrado na análise da aplicabilidade do direito à moradia. De tal modo pondera George Marlmeister Lima:

Em razão do direito à moradia, os juízes brasileiros tendem a adotar uma postura de proteção em relação aos mutuários e inquilinos de imóveis. Numa relação entre um banco financiador e o mutuário que adquiriu um imóvel com dinheiro emprestado, há uma tendência judicial de se proteger a parte mais fraca da relação (o mutuário), em detrimento, eventualmente, daquilo que ficou pactuado no contrato de financiamento habitacional. Por outro lado, o desrespeito aos contratos também não pode ser a regra. Há que haver um meio termo entre a proteção aos contratos (que, em última análise, significa respeitar a autonomia privada, que também é um direito fundamental) e a proteção ao sistema de valores que emana dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

As discussões são controvertidas e dão margem a posicionamentos antagônicos e até complementares. Não obstante, atentar-se-á adiante para o ponto nevrálgico e discordante da matéria – a impenhorabilidade do bem de família – sobre o qual se analisará de modo dialógico e transdisciplinar, intensificando a aproximação entre o Direito e a Economia, que, na academia anglo-americana, já é objeto de estudo há razoável tempo por diferentes escolas de pensamento, como a *Law & Economics*, *Law & Development* e *Critical Legal Studies*.

## A CLÁUSULA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E SUAS EXCEÇÕES

A vedação da penhora de bens imóveis caracterizados como bem de família, no qual se destinam precipuamente e, em última análise, à moradia por parte do devedor decorre de proteção legal. Como já exposto, o bem de família teve nascimento no Direito estadunidense, cuja garantia à propriedade da moradia reside na possibilidade de se manter uma existência mínima, uma vida digna e pelo acolhimento das necessidades essenciais à vitalidade humana.

A lei, como bússola e princípio de justiça, manifestou-se pelo apreço de uma visão moderna. Com o advento da normatização de nº. 8.090, de 1990, de matiz social e humanitária, indisponibilizou-se a penhora sobre o bem de família, de tal forma que, por força e ancorado pelo dispositivo legal, é defesa a apreensão do imóvel residencial dos devedores, como bem preceitua o art. 1.º da lei em apreço:

Art. 1º 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. 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.

Fruto de uma decisão do legislador, consciente da imprescindibilidade do bem de família na composição e compleição moral, social e material da instituição familiar é que, igualmente, adverte Arnaldo Marmitt:

A razão fundamental do bem de família legal é a proteção legal dos que tem um só imóvel, do qual dependem para obrigar a família. A proteção existe principalmente contra a ganância lucrativa contra entidades financeiras, de agiotas inescrupulosos, de outros elementos inconseqüentes, que soem apoderar-se dos pequenos patrimônios dos seus devedores de forma escabrosa, por vezes ate desumana.<sup>41</sup>

Sem privá-los da moradia, intentou-se preconizar a instituição familiar ao passo que a Constituição Federal, em seu art. 226, §§ 3º, 4º, reconhece a união estável, além de desdobrar o conceito à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O escopo primordial do direito à moradia, vinculado à dignidade da pessoa humana, consiste em garantir um teto sob o qual jaz a pessoa, decorrência inevitável do estatuto jurídico do patrimônio mínimo existencial, que, nas palavras de Luiz Fachin, corresponde à ascensão protetiva pela Constituição Federal à propriedade privada como elemento responsável pela garantia do patrimônio mínimo, haja vista o estatuto da propriedade que acoberta os bens vitais e indispensáveis à subsistência humana.<sup>42</sup>

Um ano depois, em 1991, com a promulgação da Lei do Inquilinato, mais uma exceção foi acrescentada às averbações do art. 3.º, ao prescrever que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido por sete hipóteses, a destacar: inciso VII, introduzido pelo art. 82 da Lei nº. 8.245/1991, que diz que a impenhorabilidade não poderá ser oponível no caso de “[...] obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Com o atual projeto do novo Código de Processo Civil (PL nº. 8046/10), juristas e parlamentes já defendem a flexibilização da própria regra de impenhorabilidade do bem de família em certas situações. A mudança viria a coibir o acobertamento que a garantia de impenhorabilidade produz diante de condutas abusivas e excessivas. Pode-se citar, por exemplo, o impedimento da venda de uma mansão avaliada em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para o adimplemento de pensão alimentícia, por ser ela protegida pela cláusula da impenhorabilidade.

Posto isso, inaugura-se uma contenda jurídica concernente à liberdade econômica que envolve numa espécie de triângulo: o inquilino, o dono do imóvel e o fiador. Se o inquilino não realizar os pagamentos dos aluguéis ou dos demais encargos e não tiver condições para adimplir, o fiador será responsabilizado solidariamente, ou seja, ele ficará responsável nos exatos termos ajustados em que se obrigou o devedor principal, e seu imóvel residencial poderá ser penhorado.

## A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº. 352.940/SP, Nº. 449.657/SP E Nº. 407.688/SP

O Supremo Tribunal Federal, em decisões prolatadas nos dias 27 de abril e 30 de maio do ano de 2005, em sede de Recurso Extraordinário, nº 352.940 e nº 449.657, de relatoria do ministro Carlos Velloso, decidiu, monocraticamente, pela inconstitucionalidade da norma jurídica que constringe o bem de família do fiador. O principal fundamento foi o direito à moradia e a sua aplicabilidade direta sobre o direito privado.

Não obstante, um ano mais tarde, numa virada jurisprudencial tão cara ao tema, entendeu o mesmo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao do esposado nos dois recursos. Em 8 de fevereiro de 2006, no Recurso Extraordinário nº 407.688, de relatoria do ministro Cezar Peluso, decidiu o plenário por maioria, 7 a 3, pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 8.245, de 1991, possibilitando a penhora do bem do imóvel residencial do fiador, a qual não ofende o art. 6º da Constituição da República.

A tese da constitucionalidade capitaneada pelo ministro-relator Cezar Peluso no *leading case* extraiu suas bases na teleologia da Lei nº 8.009/90. A seu ver, a lei tem de promover o direito à moradia na medida em que incita a realização dos contratos de locação, razão pela qual assiste a existência da garantia locatícia da fiança. No voto, salientou o ministro:

Sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores [...] castrar essa técnica legislativa (garantia de fiança), que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.<sup>43</sup>

Na linha argumentativa do ministro Peluso, o Brasil é um país cujos programas de direitos sociais possuem grande dificuldade de

concretização no Estado Social com reflexo para o déficit habitacional, de modo que a garantia é uma maneira de estimular a oferta de imóveis para locação. Assim se colocou o ministro Sepúlveda Pertence ao dizer que, ao negar a possibilidade da penhora, estaria o Judiciário prejudicando os inquilinos, cujo direito à moradia se pensava proteger, uma vez que reduziriam as possibilidades de alugar imóveis.

As discussões jurídicas atingiram seu clímax com a inserção do direito à moradia pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, no rol dos direitos sociais da Constituição Federal, dando uma nova tônica à controvertida batalha jurídica travada.

### **A PENHORABILIDADE DO BEM ÚNICO EM FIANÇA LOCATÍCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Qual o papel da economia no Direito? A pergunta incita a entender o fenômeno cujo interesse se condensa na “Análise Econômica do Direito”. O movimento *Law & Economics*, fundado nos princípios do utilitarismo, pragmatismo e realismo, principiou como movimento metodológico nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale, durante a década de 60 do século XX. Seus principais expoentes, os teóricos Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Douglass North, se concentraram na elaboração de uma doutrina econômica dirigida e aplicável às instituições do Poder Legislativo e Judiciário.

Nesse sentido, a análise econômica do Direito, em sua vertente normativa, baseia-se na concepção segundo a qual a ciência jurídica pode ser estudada sob a ótica da teoria econômica. Assim sendo, a pesquisa do Direito advém de modelos teóricos e argumentativos procedentes de métodos econômicos. Posner pontuou que, “[...] para melhor entender muitas das doutrinas e instituições do sistema jurídico, devemos explicá-las como esforços para promover alocação eficiente de recursos”.<sup>44</sup>

Partindo-se de um dos postulados que regem a Escola *Law & Economics*, o conhecido teorema de Pareto, desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto, afirma que uma situação econômica é ótima



ou ideal no sentido de Pareto, caso ao menos um sujeito melhore de situação, sem que outro piore. Por essa linha, a harmonização e concórdância do direito à moradia e o cumprimento eficiente dos contratos de locação devem pautar-se pela noção de maximização da satisfação social. O mercado e o ordenamento jurídico podem juntos oferecer um caminho melhor, ainda que as aporias e tensões se manifestem. É certo, entretanto, que o Direito e a Economia juntos podem encontrar uma solução mais racional e constitucionalmente adequada.

A análise econômica do Direito invoca novamente os dois valores que, ao longo da história, se contrapuseram: a liberdade, de um lado, e a igualdade, de outro. Liberdade não apenas no sentido político, mas no sentido econômico, como motor da economia de mercado. Igualdade não só no sentido republicano de igualdade perante a lei, mas na distribuição dos bens produzidos pela sociedade.

A convergência entre a justiça, base do pensamento jurídico, e a eficiência, núcleo do pensamento econômico, deve orientar a atuação do magistrado. Posner observa que esse espaço de união dos dois valores deve ser preenchido por meio de decisões judiciais que maximizem a economia de mercado a levar, pragmaticamente, a eficiência que importa a justiça das relações. O Direito, portanto, segundo o autor, encalçaria a lógica da justificação do discurso socioeconômico, pois, a seu ver: “É perfeitamente possível que tanto o poder explicativo como o poder reformador da análise econômica do direito tenham limites bem definidos, embora amplos. Contudo, a economia sempre pode esclarecer os valores, mostrando à sociedade o que ela deve renunciar para atingir um ideal de justiça não econômico. A busca de justiça tem seu preço”.<sup>45</sup>

Nessa toada, o legislador, em algumas oportunidades, promulga atos normativos destinados a proteger determinada parte do contrato locatício, por exemplo, o inquilino, de tal modo que as decisões judiciais reinterpretam os contratos celebrados com base nos princípios interpretativos do Direito Civil, tal qual o da justiça contratual, equilíbrio material das prestações e outros, culminando com a elaboração de jurisprudência no sentido de resguardar o inquilino e, por conseguinte, desconsiderar os efeitos imediatos sobre o mercado de locações.

O Estado-juiz, ao proferir sentença judicial cuja disposição em relação ao regime dos contratos de locação não se atém aos aspectos

econômicos transacionais – vide a Teoria do Custo desenvolvida por Ronald Coase – provoca, sobremaneira, reflexos importantes na própria realização e consagração dos direitos fundamentais atinentes. Leonel Pessôa pondera que a decisão tomada pelo ministro Carlos Velloso em sede de recurso extraordinário, no que se refere à impossibilidade de penhora do bem de família do fiador, pode produzir, em longo prazo, um custo acumulado às transações, acarretando onerosidade tanto para os locadores quanto para os locatários.<sup>46</sup>

Num exame de necessidade, custo/benefício e alocação de recursos, o Judiciário tem de ter em mente que a sua decisão pode interferir na realização do próprio direito à moradia e à autonomia privada num sentido amplo, sobretudo num ambiente de protagonismo judicial na aplicação de políticas públicas. A título de exemplo, pode-se citar o famigerado princípio da reserva do possível. Por essa norma, alguns direitos fundamentais, cuja efetivação exija recursos financeiros, como o direito à moradia, por exemplo, apenas pode ser realizado pelo Judiciário, se custeados, tendo em conta os limites orçamentários do Poder Público. Afinal, alguém precisa pagar a conta.

Desse modo, gastar em demasia pode comprometer e ameaçar a concretização de outros direitos. No mais, despender de modo leviano também pode vir a ser um ato frontalmente incompatível com a proteção dos direitos fundamentais. A alocação de recursos deve necessariamente ser analisada sob argumentos econômicos, pois, como adverte Persio Parida, entender as relações do tempo do Direito com o tempo da Economia pode propiciar um via mais profícua de desenvolvimento.<sup>47</sup>

### O SEGURO DE FIANÇA LOCATÍCIA: A TERCEIRA-VIA?

Embora a Lei do Inquilinato, com as alterações sofridas pela Lei nº 12.112, de 2009, autorize o uso de garantias como a caução em imóvel ou em dinheiro depositado e a fiança constritora da residência do fiador para o recebimento do aluguel, também o faz em relação ao seguro fiança locatícia. Na prática, essa garantia, que assegura ao locador (segurado), em caso de inadimplência do inquilino (garanti-

do), o recebimento por parte da Seguradora do acordado, mostrava-se esquecida e em desuso. Agora, com o mercado aquecido, passa a ser cada vez mais utilizada.

A opção pelo seguro-fiança locatícia nos contratos de locação passou a ser, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista jurídico, uma alternativa, já que a sua eficiência é superior econômica e judicialmente: para o proprietário há maior confiança do seguro até a extinção do contrato, reduz-se o risco de aceitação de fiadores ou inquilinos e aumenta a certeza do recebimento do aluguel; o inquilino, por sua vez, não precisará mais buscar por um fiador e poderá pagar parceladamente o custo do seguro e, por fim, a imobiliária incrementará um serviço de garantia do recebimento dos aluguéis.

As pessoas respondem a estímulos, ou seja, vão fazer aquilo que são recompensadas para fazer. Os estímulos ou incentivos são os direitos. E o Direito é um procedimento de ordem social para promover as metas sociais. O Direito cria os incentivos. O seguro-fiança locatícia é um desses incentivos. Posner, ao revisar a teoria dos custos, empregada por Ronald Coase, considera que a alocação de recursos tendentes à maximização da riqueza deve estar impregnada na elaboração das normas jurídicas, ao passo que a ciência jurídica precisa gerar eficiência econômica pelo meio da distribuição de riqueza conforme o modelo *Kaldor-Hicks*.<sup>48</sup>

Segundo o modelo, a decisão mais justa é aquela que aumenta a riqueza ou satisfação de uma das partes de tal modo que a outra, em tese, prejudicada, seja compensada pela parte favorecida. A transação de mercado, nesse aspecto, traz maior estabilidade jurídica, pois reduz os custos às partes, faz executar os pactos e diminui o risco da ineficácia do Direito. A ordem jurídica maximiza o bem-estar da coletividade e, em último grau, o direito fundamental à autonomia privada e à moradia, ambos no interior do regime dos contratos de locação.

A penhorabilidade do bem do fiador pode ser um instrumento viabilizador do acesso à moradia, quando não há outro meio de garantir o cumprimento no contexto de uma relação contratual, se aventada unicamente por garantia de fiança. Numa visão holística, por assim dizer, o dano ao direito fundamental à moradia será de proporções maiores, se desconsiderada a penhorabilidade, já que a eliminação da

garantia incidirá diretamente sobre a celebração do contrato de forma geral, sem mencionar o suprimento *prima facie* da autonomia da vontade intrínseco ao momento da celebração contratual.

O custo de transação, aliado à lógica do custo e benefício, exerce sobre o universo jurídico importantes implicações. Com o uso do seguro-fiança locatício, o processo de objetivação do contrato com a sua consequente despersonalização das relações contratuais é uma delas, na medida em que o seguro de fiança locatícia se torna sucedâneo da garantia de fiança. No equacionamento do direito fundamental à moradia e à autonomia privada, bem como à justiça contratual e à livre iniciativa, podem tais direitos concordar e atingir um denominador comum, a depender da utilização massiva do seguro-fiança locatícia.

A execução do contrato de locação conduz, em tese, à aplicabilidade do direito fundamental à moradia nas relações sociais em conjunto com as garantias locatícias. Estas desempenham imperioso papel ao permitirem a execução do contrato. No entanto, devem ser analisadas sob o cálculo econômico de mercado ligado ao caso concreto para se averiguar a funcionalização dos referidos institutos, já que eles asseguram os direitos fundamentais.

Como numa espécie de circularidade protetiva: as garantias propiciam o exercício do Direito, e o exercício do Direito, por sua vez, promove as garantias, mas tudo isso regido pela ótica jurídica e econômica a fim de corrigir as possíveis falhas de eficiência e justiça, de modo que não há uma concepção ética, econômica e jurídica que, *a priori*, aponte a execução dos contratos como pressuposto da efetividade do direito à moradia.

## CONCLUSÃO

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 se forma, isto é, o mercado.

A impenhorabilidade do bem único do fiador não pode ser um condão que afaste por completo a celebração dos contratos de locação, sobretudo numa sociedade marcada pela primazia das normas constitucionais, em que pese a livre iniciativa e os valores sociais. O mercado e a sociedade não estão apartados. O mercado é o *locus* do encontro entre as pessoas e por isso é parte integrante e indissociável da sociedade, daí a premente regulação pela via jurídica e econômica, ambas imbricadas, dos fatos humanos.

A dogmática jurídica e tradicional, decerto, não fornece respostas satisfatórias. A interdisciplinaridade como comunicação das disciplinas Direito e Economia, encaminha-se como novo elemento do pensar humano a serviço do desenvolvimento, cujo valor se assenta na cooperação. Como aponta Bruno Salama, a adoção do movimento *Law & Economics* é uma dessas contribuições ao Direito que inovam os conceitos e as categorias, auxilia a interpretação das controvertidas matérias jurídico-normativas e acaba por estimular as instituições político-jurídicas.<sup>49</sup>

O seguro de fiança locatícia nesse conjunto pode vir a ser uma saída pela qual se harmonizam e se concordem praticamente valores a princípios antagônicos, como num estado ótimo que deve buscar o intérprete da norma jurídica. A partir da análise econômica e da argumentação racional dos princípios jurídicos, poder-se-á alçar voos maiores com o fito de resolver os problemas candentes da vida, pois, como coloca Örüçü, o futuro do Direito está na diversidade.<sup>50</sup>

## NOTAS

- 1 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994. p. 71.
- 2 *Digesto nº 2.14.1*, apud MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p.
- 3 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 40.
- 4 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2005. p. 481.
- 5 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. p. 7.
- 6 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126.
- 7 GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 196.
- 8 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.
- 9 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2003. p. 155. (2ª parte).
- 10 BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5, p.181.
- 11 DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 154.

- 12 VENOSA. Sílvio de Salvo, op. cit., p. 172.
- 13 DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 186.
- 14 BRASIL, **Circular nº 01, de 14 de janeiro de 1992**. 1992. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/biblio-tecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=16319>>. Acesso em 11 set. 2011.
- 15 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 111, p. 525.
- 16 Artigo XXV - 1. "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle".
- 17 "O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais" (LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza: Editora, 2005. p. 32.
- 18 Em *Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, de SARLET, Ingo, o autor enumera diversos tratados e pactos internacionais: Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), Carta Social Europeia (1961), Declaração de Vancouver (1976), Declaração de Istambul (1996), apud SARMENTO, Daniel e SARLET, Wolfgang Ingo. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 688-691.
- 19 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, p. 5-37, 2001.
- 20 BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**.
- 21 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- 22 *home: lar, casa; stead: lugar, local*.
- 23 BEVILÁCQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- 24 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família e a Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 25.
- 25 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 3. ed. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 26 Supremo reconhece união homoafetiva para casais do mesmo sexo ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Disponível em: <<http://www.st-f.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 22 out. 2011. 27 O STJ está prestes a reconhecer o casamento civil homoafetivo. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103594](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103594)>. Acesso em: 22 de out. de 2011.
- 28 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2257>>. Acesso em: 21 out. 2011.
- 29 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
"[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".
- 30 "A moradia foi acrescentada como direito social pela Emenda Constitucional 26/2000, em uma rara preocupação social do constituinte derivado" (LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza: Editora, 2005. p. 77.
- 31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 58.
- 32 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 58.
- 33 SARLET, Ingo. Supremo Tribunal Federal. O direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. **Revista da AJURIS**, v. 34, n. 107, p. 129, set. 2007.



- 34 LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 240 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2005. p. 62.
- 35 HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 7.
- 36 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF, apud SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131.
- 37 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 26.
- 38 A decisão pode ser lida em português: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008. p. 263-279.
- 39 "O problema que se apresenta é saber *como* se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos, como pode ser alegado e apreciado pelo Poder Judiciário" In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008. p. 263-279.
- 40 LIMA, George Marmelstein. **Caderno de direito constitucional: controle judicial dos direitos fundamentais**. Ceará: EMAGIS, 2008. p. 129.
- 41 MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 15.
- 42 FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 232.
- 43 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº. 407.688-8/. São Paulo, 2006. p. 5.
- 44 POSNER, Richard. **Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.
- 45 POSNER, Richard, op. cit., p. 26.
- 46 PESSOA, Luciano, C. Os custos de transação e a penhorabilidade do bem de família do fiador. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 165, 2006.
- 47 ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 11, maio 2005. Disponível em <[http://www.direitogv.com.br/sub-portais/RDGV\\_01\\_p011\\_022.pdf](http://www.direitogv.com.br/sub-portais/RDGV_01_p011_022.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2011.
- 48 POSNER, Richard, op. cit., p. 48.
- 49 SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25-26.
- 50 ÖRÜCÜ, Esin. Diverse Cultures and Official Laws: multiculturalism and euroscepticism? **Utrecht Law Review**. v. 6, n. 3, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1714430>>. Acesso em: 30 out de 2011.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 11, maio 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/RDGV\\_01\\_p011\\_022.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/RDGV_01_p011_022.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2011.



AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Bem de família e a Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Bem de família internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2257>>. Acesso em: 29 out. 2011.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 29 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Fundamentos filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, abr. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29727>>. Acesso em: 30 out. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 240 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2005. p. 62.

\_\_\_\_\_. **Caderno de Direito Constitucional: controle judicial dos direitos fundamentais**. Ceará: Emagis, 2008.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

ÖRÜCÜ, Esin. Diverse cultures and official laws: multiculturalism and euroscepticism? **Utrecht Law Review**. v. 6, n. 3, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1714430>>. Acesso em: 30 out 2011.

PESSOA, Luciano, C. Os custos de transação e a penhorabilidade do bem de família do fiador. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 153-167, 2006.

POSNER, Richard. **Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. **Revista da AJURIS**, v. 34, n. 107, set. 2007.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Artigo recebido em: 11-11-2011

Aprovado em: 02-01-2012