

REGULAÇÃO ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

ECONOMIC REGULATION AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY IN REAL ESTATE RENTAL CONTRACTS

Thiago Pacheco Medeiros 

Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), João Pessoa, PB, Brasil.
Mestrando em Direito do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).
Tabelião.
Email: pacheco thiago.adv@gmail.com

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira 

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), João Pessoa, PB, Brasil.
Doutora em Direito pela Universidade de Valencia.
Professora da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada.
Email: flaviadepaivamedeirosde@gmail.com

RESUMO: A função social da propriedade está inerente ao exercício da propriedade, na medida em que exige o cumprimento pelas partes não somente do pressuposto da confiança recíproca e da boa-fé, mas também da consideração à solidariedade social, sendo imprescindível para a convivência social. Dessa maneira, o presente trabalho objetiva avaliar o papel do Estado enquanto agente regulador e garantidor da função social da propriedade e nos contratos de locação residencial, considerando o desenvolvimento da liberdade econômica e sua projeção na igualdade e solidariedade social. A pesquisa utiliza uma abordagem metodológica baseada em revisão bibliográfica de doutrina jurídica, análise da legislação vigente e jurisprudência relevante. Busca-se, assim, avaliar as dicotomias apresentadas no ordenamento jurídico brasileiro em relação à necessidade de uma ordem econômica calcada na livre iniciativa, autonomia da vontade das partes e cumprimento dos deveres constitucionais de proteção à existência digna. Em um primeiro momento, analisa-se a função social dos contratos e da propriedade como requisitos para uma coexistência digna na sociedade brasileira. Posteriormente, investiga-se como o Estado deve atuar como agente regulador para a manutenção dos direitos fundamentais à propriedade e à vida digna, destacando divergências práticas e teóricas no mercado locatício brasileiro, especialmente no tocante à proteção do bem de família de terceiros fiadores em contratos locatícios.

Palavras-chave: regulação; economia; função social da propriedade; contratos imobiliários.

ABSTRACT: The social function of property is inherent to property rights, as it requires parties to comply not only with the principles of mutual trust and good faith but also with social solidarity, which is essential for social coexistence. This paper aims to evaluate the state's role as both regulator and guarantor of property's social function in residential lease contracts, considering the development of economic freedom and its impact on equality and social solidarity. The research employs a methodological approach based on a literature review of legal doctrine, analysis of current legislation, and relevant case law. It seeks to examine the dichotomies present in the Brazilian legal system regarding the need for an economic order founded on free enterprise, party autonomy, and compliance with constitutional duties to protect human dignity. First, the study analyzes the social function of contracts and property as requirements for dignified coexistence in Brazilian society. Subsequently, it investigates how the State should act as a regulatory agent in maintaining fundamental rights to property and dignified life, highlighting practical and theoretical divergences in the Brazilian rental market, particularly concerning the protection of family assets belonging to third-party guarantors in rental contracts.

Keywords: regulation; economics; social function of property; real estate contracts.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. 3 O PAPEL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DA PROPRIEDADE EM VISTA DO DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA. 4 CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A FIANÇA LOCATÍCIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação legal do bem de família, por meio da Lei nº 8.009/90, representou o corolário de um longo desenvolvimento histórico deste instituto, dando-lhe efetiva posição de proteção ao patrimônio mínimo no ordenamento pátrio. Distintamente do conceito de bem de família desenvolvido pelo Código Civil de 2002, de caráter voluntário e acessibilidade restrita, o modelo trazido em lei especial constrói uma realidade jurídica peculiar, oferecendo aos economicamente

mais vulneráveis uma barreira de proteção a sua propriedade por meio de uma imposição legal, obrigatória e universal.

Estendendo-se sobre imóveis residenciais e os móveis que os guarnecem, o bem de família legal delineia um princípio concreto de intangibilidade patrimonial, imunizando os bens protegidos pelo instituto contra qualquer espécie de execução forçada, tornando-se um meio de ser garantidor de asilo à família, como um domicílio impenhorável e inalienável perante obrigações não cumpridas, e em face de execuções de dívidas. Nessa seara, o bem de família na posição de garantidor dos contratos locatícios atinge, no aspecto social, o direito à moradia dos cidadãos, uma vez que confronta diretamente direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB/88). Enquanto, na seara econômica, repercute diretamente nos contratos de locações do mercado imobiliário, um dos maiores e mais pujantes setores da economia brasileira, com grande repercussão no Produto Interno Bruto (PIB) do país.

O Estado, portanto, exerce um significativo papel nessa relação quando atua, e deve atuar, enquanto agente regulador e garantidor da função social da propriedade nos contratos de locação, tendo em vista, sobretudo, o desenvolvimento da liberdade econômica e sua projeção na igualdade e solidariedade social. Sob a ótica Constitucional, o Estado – enquanto garantidor da função social da propriedade – pressupõe a garantia de direito à vida e a dignidade da pessoa humana, consagrados no rol de direitos e garantias fundamentais. Justamente nesse escopo em que se abrange o direito à moradia digna, e, conseqüentemente, a sua proteção como uma das principais metas políticas de um Estado.

A dicotomia se torna aparente ao se deparar com a (im)possibilidade de penhora de bem de família, quando na posição de garantidor dos contratos de aluguel imobiliário residencial. Por um lado, se tem o direito à livre iniciativa, baseada em uma autonomia da vontade das partes contratantes, e à livre disposição da propriedade, e a seara econômica dos contratos; e, pelo outro, o princípio da dignidade humana, da isonomia e da moradia, que visam à garantia do mínimo existencial.

Essa problemática pressupõe um estudo a respeito do direito da propriedade com o objetivo de verificar acerca de como esse direito se concretiza, e como é, efetivamente, posto em prática pelo seu titular em uma determinada realidade social e econômica. Permite-se, dessa maneira, caracterizar a função social como um direito de propriedade que se concretiza através da posse, já que o possuidor é “aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (Brasil, 2002).

Com efeito, este trabalho objetiva analisar a função social da propriedade e sua influência nos contratos de locação, bem como o papel do estado na regulação da propriedade quanto ao desenvolvimento da economia. O tema suscitado é de extrema relevância e conta com grande repercussão social e econômica no Brasil. No aspecto social, ele atinge o direito à moradia dos cidadãos, uma vez que confronta diretamente direitos fundamentais garantidos pela CRFB/88.

Dessa forma, a metodologia adotada para a realização deste estudo baseou-se em uma abordagem qualitativa, com enfoque na revisão bibliográfica e análise documental. Foram consideradas obras doutrinárias relevantes e atualizadas acerca da função social da propriedade e dos contratos de locação imobiliária, além de um exame aprofundado da legislação vigente, como a CRFB/88, o Código Civil e a Lei do Inquilinato. Complementarmente, foram analisadas decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores, com destaque para os casos envolvendo a penhorabilidade do bem de família de terceiros fiadores. Tal abordagem possibilitou uma análise crítica das dicotomias e desafios práticos que permeiam o mercado locatício brasileiro, contribuindo para uma compreensão mais precisa do papel regulador do Estado e da proteção aos direitos fundamentais.

Para tanto, tem-se como escopo a prévia análise da função social dos contratos, bem como a aplicação do conceito de função social da propriedade aos institutos da posse e da propriedade. Após tais premissas elucidadas, objetiva-se estudar como o Estado deve ser um garantidor a aplicação desse conceito aos contratos imobiliários e como o entendimento do bem de família deve ser aduzido a todos aqueles que participam da relação imobiliária nos contratos locatícios. Espera-se, dessa maneira, demonstrar que o ordenamento brasileiro possui dicotomias que ainda destoam a atuação do Estado como um interventor nas relações privadas, em prol de uma ordem econômica calcada nos princípios que subsistem à dignidade da pessoa humana.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

O princípio da Função Social dos Contratos decorre diretamente do disposto no art. 421 da codificação civil, ao dispor que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Brasil, 2002). Nessa toada, tem-se que toda relação jurídica, qualquer que seja, deverá se guiar pelos objetivos sociais, para além dos interesses individuais.

Desse modo, ao dispor acerca dos motivos do anteprojeto do Código Civil, Miguel Reale (1999, p. 71) expressou que:

Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

A observância da função social deve ser intrínseca na elaboração e execução de qualquer contrato, uma vez que faz parte do próprio papel do contrato em seu contexto social e da relação a ser estabelecida, não apenas entre as partes, porém diante de todo o corpo social. Quanto a isso, o princípio da função social imprime uma dimensão *ultra partes* a uma relação jurídica, no sentido de também obrigar terceiros a respeitá-la, exigindo das partes agirem em conformidade com os interesses sociais (Lôbo, 2019, v. 2, p. 67).

Cumprе ressaltar que o princípio da dignidade humana, enquanto ponto central que orienta o ordenamento jurídico, tendo em vista o contexto constitucional em que está alojado, proporciona o abrandamento da dicotomia existente no direito público e direito privado (Moreira, 2018, v. 1, p. 94). Nessa toada, ao intervir nas relações privadas, cria-se uma aproximação entre direito público e privado; desse modo, insere-se o direito civil na esfera pública, gerando o que ficou compreendido como a constitucionalização do direito privado, uma vez que os princípios constitucionais se irradiam por todo o sistema civilista (Moreira, 2018, v. 1, p. 98).

Em que pese o princípio da função social da propriedade só tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico no início do século XX, e o Estatuto da cidade em meados desse século, é inegável a influência e utilização de ambos os institutos na fundamentação da necessária redistribuição dos direitos relativos à propriedade privada (Crawford, 2017, p. 8). A própria CRFB/88 faz questão de declarar a garantia ao direito de propriedade, determinando que “a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988). Maria Helena Diniz (2013, v. 4, p. 127) complementa, nesse sentido, que a função social da propriedade é imprescindível para que se tenha um mínimo de condições para a convivência social.

É sob o viés da constitucionalização do Direito Privado, que se faz possível observar, de um modo mais amplo, um tríplice sentido que compõem os diferentes aspectos da sustentação hermenêutica contemporânea do Direito Civil, quais sejam: formal, substancial e prospectivo (Fachin, 2015, p.180-181). Desse modo, tem-se que:

A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como discurremos acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de Direito Privado. A dimensão prospectiva se funda na constante reconstrução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p. 86).

É possível concluir, portanto, que as dimensões de constitucionalização do Direito Civil, a metodologia civil-constitucional substitui o Direito Civil “tradicional” como instrumento adequado à disposição dos civilistas. Desse modo, há uma “filtragem constitucional” dos institutos tradicionais, para que protejam e promovam os valores constitucionalmente tutelados, com especial prestígio para a dignidade da pessoa humana. Semelhantemente, rompe-se com o modelo hermenêutico tradicional, com uma interpretação jurídica com fins aplicativos (Ribeiro, 2020, p. 272).

Não obstante a essas observações pretéritas, deve-se também levar em conta a perspectiva histórica-jurídica e hermenêutica dos institutos da posse e da propriedade, com o fim de se observar de que maneira a função social da propriedade é aplicada aos direitos inerentes de quem a possui, e, portanto, exerce sua posse. Tal raciocínio tem consequências intrínsecas ao entendimento de que se deve (ou não) ampliar a incidência do princípio da função social aqueles que a possuem, ou detém sua propriedade, em consonância ao caráter principiológico constitucional da propriedade, consagrado no art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988).

Dessa forma, leva-se em conta que a posse deve ser enxergada não somente como o conteúdo do direito de propriedade, mas, de fato, sua causa e sua necessidade, já que é a força geradora do segundo instituto e que exige a sua manutenção para a preservação da propriedade sobre o bem imóvel (Fachin, 1988, p. 13).

Nesse aspecto, a doutrina entende que os deveres que dão conteúdo ao princípio da função social da propriedade são normalmente revelados como os limites que o Estado impõe ao titular do direito de propriedade privada, quando diminui seu âmbito de atuação, no qual o proprietário poderia concretizar os poderes inerentes à sua condição. A função social, sob esta ótica, seria uma barreira no exercício da autonomia privada do proprietário (Dantas, 2015, p. 25), tendo, necessariamente, característica adversarial se contrapondo como mecanismo de contenção, já que “se a propriedade é expressão da liberdade, qualquer forma de regulação representa uma violação a um direito que naturalmente todos têm em uma medida absoluta” (Dantas, 2015, p. 26).

Com efeito, sob a perspectiva histórica, a relação paradoxal e divergente entre os conceitos jurídicos “propriedade” e “função social”, intimamente ligada à noção de liberdade do séc. XVIII, decorreu da concepção de propriedade como uma noção abstrata que tem validade independente da forma por meio da qual se concretiza. Tal concepção foi fundamental para o desenvolvimento burguês de separação das estruturas e hierarquias Antigo Regime como indicado (Fachin, 1988, p. 16).

Nesse contexto histórico, progressivamente a ideia de propriedade é desvinculada do seu efetivo exercício, não se confundindo com as faculdades por meio das quais este direito pode ser exercido, sem relação, portanto, com a forma através do qual ele ganha uma forma concreta. Sob esse prisma, concebe-se que o cumprimento de uma função social se dá como uma exigência externa ao próprio conceito de propriedade e, por tal motivo, o direito de propriedade tem existência independente da sua concretização (Dantas, 2015, p. 27).

Ocorre que é pelo uso da propriedade que se concretiza as faculdades/poderes inerentes ao direito de propriedade (Fachin, 1988, p. 17), e, portanto, a função social, nesta lógica da propriedade nada influencia na distinção entre os institutos da posse. Isso porque quando o titular do direito for proprietário, o cumprimento da função social dependerá de como exerce o seu direito, ou seja, por meio posse. Já quando o titular for o possuidor e não proprietário, o exercício de sua condição será o da função social da posse (Dantas, 2015, p. 34). Disso decorre que, segundo Eduardo Espínola (1956, p. 127), o pressuposto de confiança recíproca e boa-fé encontra correspondência na função social, que é implícita no direito de propriedade, no sentido de consideração à solidariedade social, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela política legislativa.

3 O PAPEL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DA PROPRIEDADE EM VISTA DO DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA

Não obstante a atividade regulatória do Estado em diversos setores da sociedade, especialmente o econômico, tornou-se não apenas aceita, mas necessária para o bom funcionamento do mercado (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, p. 6). Tal relevância da atuação estatal

tem especial ligação com o objetivo do Estado Democrático de Direito, visando à realização da justiça social, fundamentada no princípio da soberania popular. Dessa forma, a propriedade deve atender não somente aos interesses do seu proprietário, mas também aos interesses da sociedade em todos os seus aspectos (Pagami, 2009, p. 49), fazendo jus à sua função social.

Nessa toada, ao se observar um desequilíbrio, e até incompatibilidade, dos agentes privados atuarem em prol do interesse público, coube ao Estado a regulação da atividade econômica (Marques Neto, 2009, p. 86). A atividade econômica, segundo o Prof. Eros Grau (2008) é a atividade que tem por fim assegurar a todos a existência digna, mediante sua fundamentação na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, seguindo, entre outros princípios da ordem econômica brasileira, a propriedade privada e a função social da propriedade, conforme ditames do art. 170 incisos II e III da CRFB/88 (Grau, 2008, p. 100). Nesse sentido, o professor e ministro Eros Grau considera que daí se consubstanciam diretrizes para a atuação do Estado pela realização de políticas públicas. Para tanto, o autor faz uma distinção da função social da propriedade como um fator posto e pressuposto em relação a propriedade privada, uma vez que a ideia de função social enquanto um vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, molda o conceito que só tem sentido de ser quando referida à propriedade privada. Com efeito, a alusão à função social da propriedade estatal é de nada inovadora, já que esta última é dinamizada no exercício de uma função pública (Grau, 2008, p. 233).

Dessa forma, os Estados passaram a utilizar destes “direitos de propriedade para promover o desenvolvimento de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, assegurar o funcionamento adequado do governo” (Crawford, 2017, p. 8). O desenvolvimento, sob o olhar jurídico do termo, enlaça uma série de atuações por parte do Estado para materializar a implementação de atividades que melhorem os critérios supracitados, quais sejam: a circulação / ampliação da produção de bens e a melhoria na qualidade de vida das pessoas em consequência a tal distribuição / produção (Dal Pozzo, 2020, p. 110-111).

Assim, ao se delinear os conceitos e possibilidades da regulação, é possível perceber que a regulação econômica pelo Estado é tradicionalmente concebida como um dever que visa assegurar, entre os direitos e as obrigações de cada indivíduo, o equilíbrio pretendido pela lei. O Estado passa, assim, a ter um papel de comandar diretamente os atores sociais, e, nas palavras de Robson Oliveira (2014, p. 1202):

[...] estabelecer as “*règles de jeu*” e garantir que elas sejam respeitadas. Por conseguinte, a primeira tarefa da regulação é propriamente política, relevante diretamente ao legislativo e ao executivo. A segunda tarefa opera por meio das virtudes de neutralidade, de equidade e de humanidade, que assemelham-se, de certo modo, com as tarefas esperadas de um juiz.

Uma vez constatado um desequilíbrio entre os interesses privados, manifestos pela concorrência desleal ou desrespeito aos direitos dos usuários, por exemplo, e as metas e objetivos do interesse público, tais como a redução de desigualdades, universalização do acesso aos direitos fundamentais, imputa-se ao estado a tarefa de reestabelecer as “regras do jogo”. Assim, “num contexto de nova regulação e de abertura de atividades relevantes à exploração privada, faz-se necessário uma ponderação, um sopesamento, um equilíbrio enfim, entre as metas de interesse geral e os objetivos dos particulares envolvidos” (Marques Neto, 2009, p. 90).

Em consonância com a previsão constitucional do art. 174 da CRFB/88, o Estado passará a exercer a atividade regulatória visando não apenas uma função estabilizadora, mas também uma função redistributiva (Marques Neto, 2009, p. 90), especialmente quanto as condições de participação e efetivação de direitos e garantias fundamentais. Desse modo, o Estado, ao exercer a atividade regulatória que lhe é própria, especialmente quanto à função social da propriedade em contratos de locação imobiliária residencial, visa “viabilizar uma relação harmoniosa do homem com o espaço que ocupa, de forma a dirimir conflitos, convergir interesses e mitigar impactos socioambientais, sob pena de sanções tanto da pessoa física ou jurídica” (Ferreira; Dias, 2008).

4 CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A FIANÇA LOCATÍCIA

Conforme lei do inquilinato, de nº 8.245 de 1991, em seu art. 37, a locação de um determinado imóvel urbano pode advir juntamente de uma garantia para o cumprimento das obrigações do locatário, tais quais a caução, a fiança locatícia, o seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Nesse sentido, a fiança locatícia, prevista no inciso II da supracitada lei tem por característica ser contrato de natureza acessória com o objetivo de garantir o cumprimento de obrigação assumida em um contrato principal, no qual uma pessoa se obriga para com o credor de outra a satisfazer a obrigação, caso esta não a cumpra, podendo ser convencional, legal ou judicial (Pereira, 2007, v. 3, p. 493). Com efeito, sua natureza também corresponde às previsões dos arts. 818-836 do Código Civil de 2002 subsidiariamente às previsões da Lei Federal nº 8.245 de 1991.

Tal instituto é orientado com o fim de garantir a força obrigatória dos contratos, promovendo previsibilidade e segurança nas relações contratuais, pois conforme demonstra Teresa Negreiros (2006, p. 235) a tese de que “os efeitos do contrato devem ser estendidos a quem não é parte contratante, embora não se possa legitimar frente ao princípio da autonomia da vontade, surge, frente ao fundamento legal da força obrigatória do contrato”. Dessa forma, passa a ser necessidade justificável que tem por fim garantir a previsibilidade e a segurança nas relações contratuais, bem como outros valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado (Negreiros, 2006, p. 234-235)

Em que pese o tema tenha sido objeto de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), sua justificação, enquanto norma jurídica, parece carecer de fundamentos compatíveis com os preceitos e valores constitucionais. Diante da leitura constitucional do Direito Privado e, sobretudo, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana como epítome do regime jurídico nacional, questiona-se a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Isso se dá em razão da sua (in)adequação aos princípios constitucionais brasileiros uma vez permitida a penhorabilidade de bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, quando se permite que, mediante contrato acessório, valores patrimoniais e econômicos se sobreponham aos imperativos de moradia e dignidade humana. Nesse aspecto, Flávio Tartuce (2007, v. 3, p. 397) aponta que tal incoerência afronta o princípio da isonomia, visto que:

O devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra 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). Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (art 6º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana.

Tal afronta, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2008, p. 692), é ilustrada quando não se observa a regra hermenêutica do *eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*¹, fato que determina que a responsabilidade do fiador não pode ser maior que a atribuída ao afiançado. Nesse sentido, o desrespeito a este princípio se consolida ao permitir a penhora do bem de família do fiador locatício e a impenhorabilidade de tal bem do afiançado, inclusive possível de ser alegada por este em cobrança pelo próprio fiador, ensejando desta maneira um ônus maior pelo inadimplemento aquele que contraiu a dívida arca, *in casu*, o afiançado locatário, devedor principal na locação. Dessa forma, entende-se que ambos os devedores, afiançado/devedor principal e fiador, deveriam ter similares responsabilidades e tratamentos pelo ordenamento (Castro, 2011, p. 78).

Esse não é o entendimento do STF mais recente, no entanto. Apesar de decisões que atestavam a inconstitucionalidade destes dispositivos, em interpretação no julgamento do RE

¹ Tradução: onde existe a mesma razão fundamental prevalece a mesma regra de direito.

407688/2006, a excelsa pretória corte aduziu que a opção do legislador em determinar uma exceção à impenhorabilidade de bem de família do fiador locatício deve ser respeitada, como se observa na motivação do acórdão:

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia - o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel - pode, sem prejuízo 80 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. [...] A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade das garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art.3º, inc. VII, da Lei n.8.009 de 1990. São coisas óbvias e intuitivas (Brasil, STF, 2006).

A Corte constitucional brasileira também aduz que o reconhecimento da inconstitucionalidade da exceção à impenhorabilidade de bem de família do fiador locatício romperia com o equilíbrio do mercado, de modo a despertar a exigência de outras garantias mais custosas para as locações residenciais, o que desestimularia as locações e consequentemente a efetivação do direito constitucional à moradia. Tais entendimentos vão de encontro à interpretação de julgados anteriores, como o RE 3349370/SP de 2005:

Veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. 78 Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000 (Brasil, STF, 2005).

Com efeito, a doutrina se mantém com entendimento adverso a esta decisão de 2006 da Suprema Corte, atestando, inclusive que tal entendimento desestimula a aceitação do compromisso em prestar fiança em um contrato locatício, dados os riscos dela inerentes tendo de assumir os custos de eventual fiança bancária ou mesmo em ter verba pecuniária sobrando para prestar outro tipo de garantia (Farias; Rosenvald, 2010, p. 828). Tais efeitos desestimulantes permanecem e subjazem ainda que a decisão tenha sido prolatada em controle de constitucionalidade concentrado, não possuindo efeitos *erga omnes*, e, portanto, sem vinculação as instâncias inferiores (Farias; Rosenvald, 2010, p. 828).

5 CONCLUSÃO

As previsões constitucionais que influem sobre a atuação do Poder Público para a promoção do bem-estar, de uma existência digna pressupõem que o Estado tenha uma consonância no seu ordenamento para manutenção e promoção de uma existência digna a todos. Com efeito, a função social da propriedade não somente é um mandamento constitucional a ser seguido, como também é base principiológica norteador da atividade econômica no país, conforme ditames do art. 170 da CRFB/88.

Nesse sentido, observa-se em concreto a divergência pela apresentação de uma problemática fundamental para a garantia do mínimo existencial da população, sobretudo em períodos de crise e inflação crescente, à medida que sobrepõe o valor econômico em detrimento de direitos fundamentais. Ressalta-se a necessidade do exame de proporcionalidade nos casos, como já defendido por muitos adeptos da teoria dos princípios, de modo a fundamentar a manutenção ou revisão de atos em que se observe um conflito principiológico, com o intuito de evitar a restrição desproporcional a princípios fundamentais consagrados constitucionalmente. Percebe-se, então, de uma restrição às restrições construídas visando alcançar algum objetivo contrário aos princípios já protegidos pelo texto constitucional (Lima, 2012, p. 75).

Considerando a necessidade de interpretação sistêmica e teleológica do texto constitucional, vislumbra-se a necessidade da prevalência da inconstitucionalidade da relativização da penhorabilidade do bem de família, sobretudo diante da necessidade de preponderância do mínimo existencial e da proteção dos vulneráveis, conforme o art. 3º, I e III, da CRFB/88. Ainda, cumpre rememorar que o surgimento do próprio instituto que visa garantir o lar da família está pautado na impenhorabilidade e proteção da família.

Assim, tendo em vista que o Estado deve preservar, acima de tudo, os direitos fundamentais da pessoa humana em contraposição ao direito ao crédito do mercado imobiliário, observa-se que a possibilidade de penhora do único imóvel residencial familiar do fiador de contrato de locação esvaziaria o conteúdo do direito à moradia e atingiria o seu núcleo essencial. Isso se dá, sobretudo, tendo em vista a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, que podem ser resguardados por outros mecanismos razoáveis e menos gravosos, além de não apresentarem algum desrespeito ao princípio da autonomia, como se observou no presente caso.

De todo modo, a previsão da exceção à impenhorabilidade de bem de família, em caso de obrigação contraída por fiança locatícia, atinge diretamente o instituto protegido pela Lei nº 8.009/90, o que, com efeito, atinge também a função social da posse. Isso porque desestimula a prática desta garantia contratual dos contratos locatícios, qual seja, a possibilidade de fiança locatícia como instrumento garantidor dos contratos de locação imobiliária, pelos efeitos que desta decorrem, já que fiador nenhum desejaria arriscar-se a adentrar a uma exceção que atinja seus bens próprios, que, em outras situações, possuem caráter impenhorável.

REFERÊNCIAS

BALDWIN, R.; CAVE, M; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. United Kingdom: Oxford University, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 dez. 2024.

- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário: 349370 / SP. Rel. Min.Carlos Velloso. **Diário da Justiça**, Brasília, 13 maio 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário: 407688 / AC. Rel.Min. Cezar Peluso. **Diário da Justiça**, Brasília, 6 out. 2006.
- CASTRO, Rosane Vieira de. **Análise econômica do direito e fiança locatícia.** 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, PUC-Minas, Belo Horizonte, 2011.
- CRAWFORD, Colin. A função social da propriedade e o direito à cidade: Teoria e Prática atual. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2017.
- DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura.** São Paulo: Contracorrente, 2020.
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 205, n. 52, p. 23-38, mar. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 4.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade / Copropriedade ou Condomínio / Direitos Autorais.** Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea:** uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- FERREIRA, Luisa Braga Cançado; DIAS, Edna Cardozo. A função sócio-ambiental da propriedade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-funcao-socio-ambiental-da-propriedade/>. Acesso em: 29 nov. 2024.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 11. ed Malheiros: São Paulo, 2008.
- LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica:** o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil, v. 2:** obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NERY JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009

MOREIRA, J. C. D. A constitucionalização do direito civil: o Direito Público matou o Direito Privado? *In*: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil**, v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 91-100

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Robson Rocha de. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. **Saúde e Sociedade**, v. 23, n. 4, p. 1198-1208, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000400007>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PAGAMI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito privado**, v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A passagem do direito civil “tradicional” para o direito civil constitucional: uma revisão de literatura. **Revista Videre**, v. 12, n. 25, p. 252-276, set./dez., 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: teoria dos contratos e contratos em espécie. 2.ed. São Paulo: Método, 2007.

Artigo recebido em: 12/8/2024.

Aprovado em: 25/11/2024.