

A IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA COMO CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO

*THE CONSTITUTIONALLY ADOPTED IDEOLOGY AS A CRITERIA FOR
CONFLICT SOLUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF THE
SEIZURE OF THE GUARANTOR'S FAMILY'S ASSETS*

Matheus Felipe de Castro¹

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal
de Santa Catarina – UFSC

Izabel Preis Welter²

Professora da Graduação em Direito na Faculdade de Itapiranga – FAI/SC

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito imobiliário.

RESUMO: O objetivo do presente estudo é analisar a ideologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Para tanto, são estudados, os dois principais modelos econômicos ideias que podem vigorar no modo de produção capitalista e que

dão origem às diferentes modalidades de ideologias constitucionalmente adotadas, quais sejam, a ideologia do constitucionalismo liberal e a ideologia do constitucionalismo social. Dessa forma, se busca compreender a lógica ideológica, presente na Constituição Federal de 1988, ideologia que deverá permear as decisões políticas, administrativas e jurídicas do Estado

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Advogado em Florianópolis. *E-mail:* matheusfelipedecastro@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5886777694278516>.

² Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Servidora Pública Estadual. Oficial da Infância e Juventude no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Comarca de Itapiranga. *E-mail:* izabelpwelter@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5541932729005783>.

brasileiro. O referencial teórico do trabalho é a leitura da ideologia constitucionalmente adotada pela Carta brasileira de 1988, conceito fomentado por Washington Albino Peluso de Souza, objetivando entender como essa ideologia pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de dirimir conflitos entre direitos fundamentais. Em outras palavras, o objetivo do estudo é verificar se a ideologia constitucionalmente adotada pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de solucionar conflitos de direitos fundamentais, como o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Sendo assim, para demonstrar a possibilidade da interpretação hermenêutica por meio da ideologia constitucionalmente adotada, escolheu-se o estudo do precedente, julgado do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, que considerou ser penhorável o bem de família de fiador de contrato locatício. Até porque, neste caso é constatada a colisão entre dois direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988: de um lado, o direito à autonomia privada, fundamento da liberdade de iniciativa individual; e, de outro, o direito à moradia. Nesse sentido, o STF acabou interpretando esse conflito de maneira a dar prevalência à autonomia privada, suplantando direitos sociais como o direito à moradia, fundamento da impenhorabilidade do único bem de família. Esse estudo, ao seu final, pretende sinalizar se a ideologia constitucionalmente adotada é de fato um filtro hermenêutico eficaz analisando a coerência da decisão proferida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário mencionado, ante a ideologia adotada pela Carta Política de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; ideologia constitucionalmente adotada; Estado Liberal; Estado Social; autonomia privada; direito à moradia.

ABSTRACT: *The purpose of this is to analyze the ideology constitutionally adopted as a criterion for resolving conflicts between fundamental rights. Therefore, are studied, the two main economic models that may be in force in capitalist production mode and that give rise to different forms of constitutionally adopted ideologies, namely the ideology of liberal constitutionalism and the ideology of social constitutionalism. Thus, we seek to understand the ideological logic, present in the Federal Constitution of 1988, ideology which should permeate all political, administrative and legal decisions of the Brazilian government. The theoretical reference of the work is the reading of the constitutionally adopted ideology by the Brazilian Constitution of 1988, concept inserted into the theory by Washington Albino Peluso de Souza, aiming to understand how this ideology can be a hermeneutical filter able to resolve conflicts between fundamental rights. In other words, the objective of the study is to verify if the constitutionally adopted ideology could constitute a hermeneutic filter capable of solving fundamental rights conflict as the case seizure of the guarantor's family's assets. Therefore, to demonstrate the possibility of hermeneutic interpretation by the constitutionally adopted ideology, we chose the study of precedent, judged the Extraordinary Appeal 407688-8, which*

judged being attachable the guarantor's family's assets. Because, in this case is observed collision between two fundamental rights provided by the 1988 Constitution: on one side the right to private autonomy, the foundation of freedom of individual initiative and the right to housing. In this sense, the Supreme Court ended up interpreting this conflict in order to give preference to private autonomy, overcoming social rights such as the right to housing, the foundation of unseizability of the only family asset. This study, at the end, intends to signal whether the constitutionally adopted ideology is indeed an effective hermeneutic filter analyzing the consistency of the decision given by the Ministers of the Supreme Court in the Extraordinary Appeal 407688-8, compared to the ideology adopted by the 1988 Charter.

KEYWORDS: *fundamental rights; constitutionally adopted ideology; liberal State; social state; private autonomy; right to habitation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ideologia constitucionalmente adotada; 2 Conflito entre direitos fundamentais (moradia x autonomia privada); 3 Um estudo de caso – A decisão do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 do STF; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Constitutionally adopted ideology; 2 Conflict between fundamental rights (housing x private autonomy); 3 A case study – The decision of the Extraordinary Appeal nº 407.688-8 of the Supreme Court; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A interpretação constitucional é feita principalmente pelos princípios que dão coerência ao sistema. Neste trabalho se apresentará uma forma de se interpretar as normas presentes no Texto Constitucional por meio da constatação da chamada “ideologia constitucionalmente adotada”, proposta hermenêutica apresentada e defendida pelo doutrinador mineiro Washington Peluso Albino de Souza, que propõe a análise da Constituição por meio de seu viés econômico.

Sendo assim, o presente estudo tem como tema a ideologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos de direitos fundamentais, como o da penhorabilidade do bem de família de fiador locatício.

Como meio de delimitação do tema e para demonstrar a possibilidade da interpretação hermenêutica por meio da ideologia constitucionalmente adotada, optou-se pela análise pormenorizada do precedente – julgado do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 – que considerou ser penhorável o bem de família de fiador de contrato locatício. Neste caso existe a colisão entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988: o direito à autonomia privada, fundamento da liberdade de iniciativa individual, e o direito à moradia.

Nesse sentido, o STF acabou interpretando esse conflito de maneira a dar prevalência à autonomia privada, suplantando direitos sociais como o direito à moradia, fundamento da impenhorabilidade do único bem de família.

Em um primeiro olhar, aparentemente, trata-se de uma simples colisão de normas. Contudo, na verdade pretende-se demonstrar que o que está em jogo são dois preceitos fundamentais expressos na Constituição. Verifica-se, no caso apresentado, uma colisão de dois direitos humanos e fundamentais: de um lado está o direito à moradia, direito humano de segunda geração, previsto no art. 6º da Carta Política; e, de outro, está o direito à liberdade, art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, consubstanciada na autonomia privada, direito humano de primeira geração.

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é constatar se a ideologia constitucionalmente adotada pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de solucionar conflitos de direitos fundamentais como o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, de modo que se verifique qual direito fundamental deve prevalecer: o direito social à moradia ou o direito à liberdade consubstanciada na autonomia privada.

O desenvolvimento do presente trabalho dar-se-á por meio de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, desenvolvida mediante leitura da literatura jurídica e análise na legislação pátria pertinente ao assunto, e o método utilizado será o indutivo. O referencial teórico do trabalho é a leitura da ideologia constitucionalmente adotada pela Carta brasileira de 1988 – conceito inserido no Direito brasileiro por Washington Albino Peluso de Souza.

1 IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA

O conceito de ideologia originou-se no período da Revolução Francesa, na década de 1790. A discussão tem início com a utilização da palavra pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy, na década de 1790, em artigos apresentados em fascículos ao Instituto Nacional de Paris, e, posteriormente, no livro *Elementos da ideologia*³.

Na sua origem, a palavra foi utilizada para nomear uma nova ciência empírica das ideias. Em seguida, o termo indicava afiliação a uma forma de republicanismo liberal secular; e, posteriormente, adquiriu uma conotação pejorativa para radicalismo e, por fim, foi introduzido a uma esfera limitada para

³ VICENT, A. *Ideologias política modernas*. Trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 13.

indicar “doutrina política” em geral. Ideologia foi um neologismo que surgiu por meio dos termos gregos *eidos* e *logos* e pode ser definida como a “ciência das ideias”. No entanto, o termo se popularizou na França com o significado equivalente à “doutrina política”⁴.

O termo ideologia voltou a ser empregado com um sentido próximo ao do grupo de franceses pelo filósofo Auguste Comte. A expressão agora possuiria dois significados: segue sendo uma atividade filosófico-científica que estuda a formação das ideias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, ao mesmo tempo em que passa a significar o conjunto de ideias de uma época, tanto como opinião geral quanto na maneira de elaboração teórica dos pensadores dessa época. Por outro lado, para Émile Durkheim o ideológico é uma sobra de ideias antigas⁵.

Nesse ínterim, outros teóricos, como Marx, por exemplo, começaram a tratar o conceito de forma diversa, somando outras concepções àquela apresentada por Tracy. É pertinente salientar que o termo ideologia foi utilizado por Marx. Contudo, na obra de Marx, ideologia significa não apenas ineficácia prática, mas também ilusão e perda da realidade. O conceito associa-se à divisão de trabalho na sociedade, às classes e ao poder⁶.

Ao analisar o materialismo histórico e dialético é impossível compreender a origem e a função da ideologia sem compreender a luta de classes, pois a ideologia é uma maneira de dominação de uma classe e uma das formas de luta de classes. Parte de suposições, como a de que as ideias existem por si e em si mesmas desde sempre. Além disso, o que torna objetivamente possível a ideologia é o fenômeno da alienação. Ainda, o que torna possível a ideologia é a luta de classes⁷.

Conforme Andrew Vicent, hodiernamente, a ideologia pode indicar uma análise política individual, um conjunto de ideias que possui como objetivo legitimar o poder político, bem como pode revelar as concepções de um partido político, uma visão metafísica do mundo ou a consciência humana em geral⁸.

⁴ Idem, p. 13-14.

⁵ CHAUÍ, M. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 34-36.

⁶ VICENT, A. Op. cit., p. 16.

⁷ CHAUÍ, M. Op. cit., p. 94-95.

⁸ VICENT, A. Op. cit., p. 27.

Roberto Lyra Filho revela que a ideologia, em um primeiro momento, significou o estudo da origem e do funcionamento das ideias em relação aos signos que as representam. No entanto, logo passou a designar essas ideias mesmas o conjunto de pensamentos de uma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizadas em um padrão⁹.

Pode-se dizer que o conceito de ideologia é um conceito relativamente novo. Contudo, a ideia original de que significa a “ciência das ideias” não pode ser considerada válida nos dias atuais. As ideologias sugerem determinados comportamentos e alinham objetivos. Muitas pessoas veem a sua ideologia como a verdade sobre o mundo¹⁰.

Sendo assim, o conceito abrangente de ideologia, assim formulado e compreendido como um conjunto de ideias que circundam a compreensão dos homens em torno dos fenômenos da vida, formando um “paradigma de pensamento” ou um “regime de verdade” que legitima certas afirmações e escolhas, permeia toda a vida social e não poderia ser diferente com o Direito Constitucional, ramo do ordenamento jurídico encarregado de juridicizar as opções políticas de um povo em dado contexto histórico.

De tal modo, o constitucionalismo se mostra como uma ideologia historicamente delimitada no tempo/espço. Origina-se no contexto das grandes revoluções burguesas que trouxeram uma nova ordem jurídica que buscou consonância com as transformações sociais ocorridas e resulta do modo capitalista de produção. O constitucionalismo carregado de ideologia torna-se técnica basilar do aparelho do Estado¹¹.

Nessa senda, analisando as Constituições, fica clarividente a incidência de ideologias divergentes. O liberalismo prevaleceu até a 1ª Guerra Mundial, perdendo força depois desse fato até a crise de 1929. Em seguida, o Intervencionismo Estatal foi crescendo até ser consolidado o chamado Estado de Bem-Estar Social. Dessa forma, verifica-se que diversas ideologias justificaram as ações políticas ao longo da história. Com a constitucionalização das nações, essa ideologia passa a orientar de forma implícita ou explícita as legislações dos

⁹ LYRA FILHO, R. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 16.

¹⁰ ZIZEK, S. O espectro da ideologia. In: *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 12.

¹¹ CASTRO, M. F.; MEZZAROBBA, O. *História ideológica e econômica das Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1.

países, bem como as ações governamentais, de modo que pode-se afirmar que nenhuma Constituição é desprovida de ideologia.

Por outro lado, uma das maneiras de se concretizar a Constituição é por meio da interpretação constitucional. Uma das formas de se interpretar as normas presentes no Texto Constitucional é por meio da constatação da chamada “ideologia constitucionalmente adotada”, proposta hermenêutica apresentada e defendida pelo doutrinador mineiro Washington Peluso Albino de Souza, que propõe a análise da Constituição por meio de seu viés econômico; desse modo, extraída por meio da análise dos princípios considerados fundamentos ideológicos do Estado, se verifica a ideologia adotada pela sua Constituição.

Analizados os preceitos constitucionais, extrair-se-á a denominada “ideologia constitucionalmente adotada”. De modo que esta será a ideologia vigente naquela ordem jurídica. As consequências até mesmo de conflitos entre os respectivos princípios, correção por conta da construção do discurso de modo a evitar ou, pelo menos, a oferecer instrumentos que “desfigurem ‘antinomias’ irreconciliáveis”¹².

Em termos abrangentes, a “ideologia constitucionalmente adotada” diz respeito ao processo jurídico-político de transformação de “ideologias econômicas puras”, como o capitalismo, o nacionalismo e o socialismo, em uma ordem juridicamente positivada, misturando-as em um único texto que deve ser aplicado. Refere-se a uma maneira de juridificação do discurso ideológico elaborado no plano econômico-político pelo Poder constituinte. A constitucionalização de fatos econômicos significa uma modificação do tipo de “ordem”, isto é, a transmutação de institutos do sistema econômico – e por isso disponível a qualquer ideologia. Pode-se perceber que a constitucionalização de um fenômeno econômico – com desaprovação do discurso ideológico puro – proporciona uma ressignificação axiológica do instituto econômico, conforme os outros princípios orientadores da Constituição econômica¹³.

Por isso, a existência no ordenamento de determinados princípios que, embora de forma não explícita, desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do Direito é inquestionável. Esses princípios que dão o tom da Constituição e exemplificam as finalidades e os objetivos a serem atingidos pelo Estado.

¹² SOUZA, W. P. A. de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 34.

¹³ CLARK, G.; CORRÊA, L. A.; NASCIMENTO, S. P. do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Edição especial em memória do Professor Washington Peluso, p. 275, 2013.

Uma das ideologias constitucionais presente em Estados capitalistas é o chamado constitucionalismo liberal. O liberalismo é muito presente na forma de vida e na cultura do Ocidente e baseia-se, a princípio, no individualismo, na tolerância e no progresso. Nessa senda, o liberalismo econômico foi o preceito organizador de uma sociedade engajada na criação de um sistema de mercado. Nascido como mera propensão em favor de métodos não burocráticos, ele evoluiu para uma fé verdadeira na salvação do homem por meio de um mercado autorregulável. Nas palavras de Polanyi¹⁴, “liberalismo econômico é o princípio organizador de uma sociedade na qual a indústria se baseia na instituição de um mercado ‘autorregulável’”.

Adam Smith foi um dos principais teóricos do liberalismo. Para ele, a Nação tem um significado econômico. A Nação é formada pelas pessoas que contribuem para o progresso econômico, produzindo bens e valores para o mercado. Todos devem participar do trabalho e o papel da Nação é redigir uma constituição para manter a possibilidade de evolução do sistema político em conformidade com os interesses econômicos¹⁵. Quanto mais se produz, mais se aumenta a quantidade de dinheiro e esta circulação é o efeito e não a causa da prosperidade pública. Em suma, as ideias de Adam Smith que se destacam revelam que o mercado deve ser autorregulável e que o Estado atuaria como se fosse uma “mão invisível”. Além disso, enriquecer é um mérito pessoal e todos na sociedade são iguais e possuem as mesmas condições de tornarem-se ricos e prósperos.

No término do século XIX estavam incrustadas na sociedade as consequências do liberalismo econômico. Contudo, com o desenvolvimento e o crescimento da população ficou constatado que a ordem até então vigente já não respaldava mais as necessidades do mercado, principalmente as relações de consumo do mercado. O Estado Liberal criou a concepção moderna de liberdade e espalhou o princípio da personalidade humana, em preceitos individualistas. No entanto, uma reinterpretação do conceito de liberdade possibilitou a ascensão do Estado Social.

O primeiro momento essencial para a consolidação do constitucionalismo foi a construção das ideias de Estado de Direito e de Nação. O segundo momento

¹⁴ POLANYI, K. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 167.

¹⁵ BERCOVICI, G. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 317, 2013.

foi a transformação do Estado Liberal para Estado Social, quando se incluiu ao texto das Constituições direitos sociais e econômicos, retirando o Estado de sua relativa inércia. O Estado passa a intervir na sociedade, além de implantar programas, metas, objetivos e fins sociais a serem alcançados por meio de esforços políticos¹⁶.

O surgimento do Estado Social ocorreu com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição do Estado alemão, que fundou a República de *Weimar* em 1919, logo após o fim da 1ª Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917, constituições essas que estabeleceram novos direitos: os direitos econômicos e sociais. Ainda, a crise de 1929 pode ser considerada um grande fator de descrédito do regime liberal.

Sendo assim, o Estado passa a intervir nas relações privadas com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais, propiciar o bem-estar e o acesso a bens de consumo para toda a população. Estabeleceu-se, no mundo todo, a ideia de que a intervenção estatal era necessária para o bem-estar de todas as pessoas, e não somente daqueles que detinham o poder econômico. O Estado Social visa a acrescentar ao olhar econômico, valores próprios do político e do jurídico como justiça, igualdade e paz social.

O Estado de Bem-Estar Social se origina devido a uma consequência da presença cada vez maior das ideias socialistas, da crescente participação do Estado na gestão econômica e das ideias desenvolvidas por John Maynard Keynes. O economista John Maynard Keynes deu novo fôlego ao capitalismo, ao possibilitar que as ideias socialistas e a intervenção do Estado da economia tivessem êxito. Isso, ao transformar a questão do pleno emprego o cerne da teoria econômica, ao compreender o Estado como agente econômico e ao defender a política fiscal como instrumento.

2 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS (MORADIA X AUTONOMIA PRIVADA)

Ao analisar a evolução histórica dos direitos humanos, verifica-se uma série de conquistas que se originam nas liberdades individuais. Os direitos fundamentais considerados de primeira geração são os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos. Esses direitos possuem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são direitos de resistência ou de oposição. Além disso, estão na categoria do *status* negativo e revelam a separação entre sociedade e Estado.

¹⁶ CASTRO, M. F.; MEZZAROBA, O. Op. cit., p. 11.

Esses direitos tornaram possível a delimitação da atuação do Estado. Por isso, protegem a liberdade pessoal que abrange a atuação econômica e o usufruto da propriedade. É nessa geração de direitos que está o direito à liberdade consubstanciada na autonomia privada. Em um conceito simplista, quer dizer, no direito que o indivíduo possui de formalizar um contrato qualquer livremente e com a mínima interferência estatal.

A seu turno, a autonomia privada pode ser entendida como a expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, pois revela o poder que toda a pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo, sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico. A autonomia é resultado da própria lei. A autonomia privada é uma construção feita pelo direito negocial e possui como consequência reconhecer às pessoas o poder de definir a existência, os sujeitos e os efeitos de seus negócios jurídicos¹⁷.

Nessa senda, a autonomia privada se consubstancia na esfera de liberdade do indivíduo no exercício dos direitos e na formação das relações jurídicas concretas garantidas *in abstracto* na lei. Dentro desta esfera, o indivíduo pode autorregular os seus interesses. A definição de autonomia privada inclui dois institutos centrais do direito privado: a propriedade e o negócio jurídico¹⁸. Sendo assim, a autonomia privada pode ser conceituada como um princípio fundamental que possui como alicerce a vontade humana e o poder de autodeterminação das pessoas. Poderia se dizer que é o poder que o indivíduo tem de autodeterminar-se na vida civil.

Enzo Roppo diz que a autonomia significa “o poder de modelar por si e não por imposição externa as regras da sua própria conduta”; a autonomia privada ou a autonomia contratual significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade de uma contraparte, no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir e das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio. Os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Contudo, “quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente”¹⁹.

¹⁷ PAUL, A. C. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP. São Paulo, p. 16-17, 2008. 153 p.

¹⁸ TARREGA, M. C. V. B. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS, 2007. p. 87-90.

¹⁹ ROPPO, E. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 127-128.

De outra banda, ressalta-se, neste trabalho, que os direitos fundamentais de segunda geração dominaram o século XX, são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades preceituados no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, posteriores à ideologia e à reflexão antiliberal do século XX. São os princípios de igualdade.

Os direitos fundamentais de segunda geração permitiram com que se descobrisse um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Originaram a consciência de que, além de proteger a liberdade do indivíduo, é muito importante proteger a instituição. Entende-se que os direitos fundamentais não se constituem nos direitos de liberdade, pois esta não pode se institucionalizar como garantia, pois isso aniquilaria a natureza do próprio direito. Nasce, assim, um novo entendimento de direitos fundamentais no qual a liberdade é objetivada, presa a ligações normativas e institucionais, de modo que o Estado torna-se agente concretizador dos direitos de segunda geração. Produz pressupostos fáticos que garantem o exercício da liberdade de fato²⁰.

O reconhecimento dos direitos sociais possibilitou novos sujeitos de direito. Essa disseminação faz com que o problema do reconhecimento efetivo dos direitos ressurgja, tornando pertinente a intervenção do Estado na sua defesa. Essa intervenção não é necessária na proteção dos direitos de liberdade. Ademais, os direitos de liberdade possuem o escopo de limitar o poder do Estado. Por outro lado, os direitos sociais multiplicam os poderes do Estado, porque esses prescindem de intervenção estatal para a sua concretização²¹.

Entre o rol de direitos sociais está o direito à moradia. Verifica-se que a problemática do direito à moradia tem sido tema de debates internacionais. O direito à moradia é considerado um direito social e um atributo elementar da personalidade. No ordenamento constitucional pátrio, o art. 6º da Constituição Federal possui alguns termos para definir os titulares dos direitos sociais; entretanto, embora possa ser compreendido que se trata de uma assistência aos desamparados que possuem delimitação econômica, é sabido que, na realidade, todas as pessoas são titulares dos direitos sociais. Os direitos fundamentais sociais podem ser considerados direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse possibilidade financeira e encontrasse no mercado, poderia adquiri-las;

²⁰ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 565-569.

²¹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 71-72.

porém, caso isso não possa ocorrer e devido à relevância dessas prestações, cabe ao Estado garanti-las com fundamento em dispositivos constitucionais.

Como é o caso da habitação, se todas as pessoas tivessem condições de adquirir a sua casa própria, é certo que o fariam. Como isso não acontece, é dever do Estado permitir com que todas as pessoas possuam esse e outros direitos fundamentais sociais garantidos. O direito à moradia foi reafirmado como direito humano, o que significa que os Estados nacionais têm obrigações e responsabilidades para assegurar esse direito, reconhecido pelo Estado brasileiro, o que revela que é dever deste garantir e assegurar o direito à moradia a seus cidadãos, inclusive no que se refere às decisões judiciais.

Por outro lado, verifica-se uma mitigação, nos Estados intervencionistas, da importância da vontade nos negócios jurídicos. A autonomia da vontade não foi extinta e continua sendo elementar para os negócios jurídicos. Contudo, a autonomia da vontade sem limites tornou-se insustentável com o advento do Estado de Bem-Estar Social, pois este considerou a solidariedade à dignidade humana como seus princípios mais importantes. Por meio dos limites impostos à autonomia privada, é possível constatar a sua relativização.

Percebe-se claramente a existência de limites à autonomia privada. A existência de regras ou princípios constitucionais muitas vezes se constitui empecilho à autonomia privada. A Constituição Federal preceitua a livre iniciativa, mas a possui como valor maior à justiça social; portanto, sempre que a autonomia privada ferir o princípio maior da justiça social, deverá ser limitada.

Verifica-se, com isso, que a autonomia privada não se submete mais meramente à vontade, mas sim a uma série de regramentos em que a competência do sujeito para guiar as consequências de suas relações jurídicas deve estar fundamentada nas restrições realizadas pela legislação. Limites devem ser respeitados, a autodeterminação jurídica ocorre onde o ordenamento prevê que isso é possível. O que acontece é uma mudança de paradigma, pois não é mais a vontade que escolhe livremente as normas aplicáveis ao ato que se pretende praticar, mas sim o ordenamento que seleciona a vontade que com ele é condizente²².

Enzo Roppo revela que estipular o conteúdo contratual quer dizer, hodiernamente, definir que a composição e o arranjo recíproco receberão os

²² PAUL, A. C. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, p. 24, 2008. 153 p.

interesses das partes envolvidas na operação econômica e que o contrato é chamado a dar vinculatividade jurídica. Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, e definir as variáveis que no seu conjunto reflete a conveniência econômica do próprio contrato²³. É importante destacar que apenas nos limites impostos pela lei as partes podem “livremente” determinar o conteúdo do contrato. Esta é uma expressão do princípio da autonomia privada ou autonomia contratual.

Por outro lado, salienta-se que, no Direito brasileiro, são taxativamente direitos sociais os estipulados no art. 6º da Constituição Federal, e esses direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da sociedade. A concretização e defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam a base para a eficácia da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do Poder²⁴.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá atingir uma sociedade livre, justa e solidária, como pretende o art. 3º da CF. E também jamais se conseguirá diminuir as desigualdades sociais e regionais como preceituam o art. 170, inciso VII, e o art. 3º da Carta Política. Com base nesse raciocínio, o Estado é ator político e jurídico determinante para promover transformações no âmbito político, social e econômico. Deve ser um Estado interventor, que produza políticas públicas em busca da efetivação de seu sistema jurídico, que crie normas e ordenamentos jurídicos que possibilitem maior igualdade e justiça social, que atue por meio de seus funcionários na busca da concretização da dignidade da pessoa humana.

Como anteriormente verificado, o direito à moradia é um direito social, encontrando guarida no rol dos direitos humanos de segunda “geração”, um direito subjetivo de todos os cidadãos. E uma das maneiras de dar imediata concretude à proteção constitucional é justamente a questão do fiador de relação locatícia proprietário de bem de família, construído por meio da inviolabilidade de seu direito de morar.

Como consequência das normas que definem o direito à moradia como um direito social, o Estado tem a obrigação positiva de adotar políticas, ações

²³ ROPPO, E. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

²⁴ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 657.

e demais medidas compreendidas e extraídas da Constituição para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Por outro lado, a Constituição mitiga a relevância contratual, tornando a autonomia privada relativa e sujeita à intervenção Estatal; em contrapartida, reforça a importância dos direitos sociais, entre eles o direito à moradia.

3 UM ESTUDO DE CASO - A DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 407.688-8 DO STF

O instituto da fiança, herança do Código Civil de 1916, está presente sem qualquer modificação no Código de 2002, mais precisamente nos arts. 818 a 839. No que diz respeito aos contratos locatícios, o art. 37 da Lei nº 8.245/1991 elenca as garantias que o locador pode exigir, de modo que o inciso II preceitua a fiança como uma das formas de garantia do contrato locatício.

Sendo assim, o instituto da fiança nada mais é do que a garantia de pagamento do crédito locatício por parte do locatário. No entanto, tal garantia é prestada por um terceiro, não pelo locatário, ou seja, um sujeito estranho à relação contratual que possui como responsabilidade a quitação do débito. O fiador disponibiliza um bem imóvel de seu patrimônio para garantir uma dívida que, a princípio, não é sua. Caso esse bem seja o único bem de família que possui, questiona-se se tal situação seria permitida.

Até porque o instituto do bem de família do Código Civil revela que, por meio de expressa manifestação de vontade, um bem fica isento de execução por dívidas, por isso impenhorável. No entanto, isso depende de algumas formalidades, como a manifestação de vontade por meio de escritura pública e sua inscrição junto ao registro público de imóveis (art. 1.714 do CC/2002). Com a Lei nº 8.009/1990 passou a vigorar o bem de família legal, não o convencional, porque a sua invocação não depende mais da manifestação de vontade prévia do proprietário, nem mesmo do requisito de prévia solvência do proprietário²⁵.

Tal dispositivo demonstra um avanço no ordenamento jurídico, pois se amolda à ideologia da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”. Constata-se que o instituto bem de família não possui como finalidade apenas proteger o patrimônio, mas sim a família e sua morada. Sendo a família núcleo essencial da sociedade, precisa de uma moradia para a

²⁵ AINA, E. M. B. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 8-9.

sua unidade. Dessa forma, o patrimônio não é apenas um fim, mas uma forma de garantir os valores atinentes à família²⁶.

Nesse sentido, a Lei nº 8.009/1990, que preceitua a impenhorabilidade do bem de família, revela, em seu art. 1º, que “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”. Esse artigo possui como objetivo defender o direito à moradia, não sendo o imóvel sujeito à execução em fiança²⁷.

Quando a lei mencionada foi promulgada, ela continha seis exceções à impenhorabilidade, descritas em seu art. 3º. Entretanto, a Lei nº 8.245/1991, conhecida como Lei do Inquilinato, trouxe mais uma condição que permite que o bem de família seja penhorado:

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

[...]

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Procurava-se, dessa forma, proteger o direito de moradia dos locatários, sacrificando-se o direito de moradia dos fiadores. Entretanto, verifica-se, neste caso, um fato social gravíssimo, pois um indivíduo perde a sua única moradia em função de uma dívida de terceiro, sendo que pela mesma dívida o locatário não perderia o seu bem de família. O direito constitucional à moradia, constitucionalmente garantido, visa a possibilitar um ambiente digno e saudável para o bem-estar da entidade familiar. Em virtude de a impenhorabilidade proteger o direito à moradia e, assim, a dignidade da pessoa humana, choca-

²⁶ STRASBURGER, F. A penhora do bem de família do fiador da locação: uma análise à luz da principiologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais aplicadas). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, p. 74-76, 2007. 128 p. Disponível em: <http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=128>. Acesso em: 25 jul. 2013.

²⁷ GORZONI, P. F. A. da C. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. São Paulo, p. 54, 2007. 81 p.

-se com o princípio da autonomia privada no sentido da livre negociação patrimonial.

Percebe-se, desse modo, que a fiança é geralmente a única maneira que a maioria da população encontra para garantir o seu acesso à moradia. É evidente que esta situação faz surgir um problema social sério. Dessa forma, a inclusão do art. 3º na Lei nº 8.245/1991 não estaria se esquivando dos fins constitucionais do Estado baseados na dignidade humana e na erradicação da pobreza e das desigualdades sociais? Por outro lado, mencionando que o crédito decorre de um negócio jurídico estabelecido “livremente” pelas partes, a impenhorabilidade poderia exprimir estímulo à insegurança dos negócios jurídicos, bem como insulto à base da autonomia privada²⁸.

Nesse sentido, analisando a questão do fiador de contrato locatício, que, como já mencionado, não possui qualquer vantagem no negócio em que se obriga, o fazendo devido a questões emocionais, para garantir o acesso à moradia de uma família, pode-se facilmente indagar se de fato existe liberdade neste negócio jurídico. Ainda pode-se questionar o papel do Estado frente a essa situação.

Por todo o exposto, muito embora possa parecer um mero conflito de disposições normativas, na realidade o que está em pauta são dois valores fundamentais expressos na Constituição. Constata-se, assim, a colisão de dois direitos humanos e fundamentais: de um lado está o direito à moradia, direito humano de segunda geração e fundamental, previsto no art. 6º da Carta Política; e, de outro, está o direito à liberdade, art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, consubstanciada na autonomia privada, direito humano de primeira geração.

No ano de 2006, inconformado com a decisão do antigo 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que entendeu ser admissível a constrição do seu imóvel residencial, um fiador interpôs recurso extraordinário (RE 407.688-8), buscando dirimir se a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, que ampliou o art. 6º da CF, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

A questão foi levantada em controle difuso, sendo que a decisão se refere a um caso concreto de um fiador específico, e não controle de constitucionalidade

²⁸ AINA, E. M. B. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26-27.

da lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. A maioria dos ministros do STF entendeu que a impenhorabilidade do bem de família de fiador de contrato locatício não ofende o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Dessa forma, torna-se importante analisar o voto dos Ministros, especialmente sob o enfoque da ideologia utilizada por eles para dirimir a questão, verificando se a decisão coaduna com a ideologia predominante na Carta Política de 1988.

Ao julgarem a colisão de direitos fundamentais de dimensões e ideologias distintas, os Ministros decidiram desta forma:

i) O Relator, Ministro Cezar Peluso, entendeu inconsistente o recurso, salientando que a penhora do bem de família, em tese, não viola o art. 6º da Constituição. Disse que o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de um imóvel. Mencionou, ainda, que um dos fatores que prejudicam os locatários e por vezes os impedem de locar seus imóveis é justamente a precariedade de garantias lícitamente exigíveis. Revela, ainda, que a penhorabilidade do bem de família protege o direito social à moradia, pois abriga o direito do locador, não apenas um direito de crédito.

Constata-se que o voto do Ministro Cezar Peluso foi estritamente dogmático em sua interpretação da colisão de direitos fundamentais, considerou a letra da lei infraconstitucional e privilegiou o direito fundamental à autonomia privada. Dessa forma, apresentou uma interpretação majoritariamente liberal.

ii) Por outro lado, o Ministro Eros Grau entendeu que existe afronta à isonomia e ao direito à moradia e defende a aplicação direta de preceito constitucional na relação privada, afastando, em consequência, a penhorabilidade do caso. Disse que não se apegou à lógica do mercado, mas sim no que entende que diz a Constituição e concluiu que não houve recepção, pela Emenda Constitucional nº 20, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade. Deixa claro que avaliou a questão interpretando o texto da Constituição como um todo, entendendo que a situação do fiador fere o princípio da isonomia. Tal entendimento está em consonância com os objetivos e fundamentos do Estado Social.

iii) De outra banda, o Ministro Joaquim Barbosa argumentou que haveria uma colisão dos direitos fundamentais: por um lado, o direito à moradia; e, de outro lado, a autonomia da vontade. Mencionou que se está diante de

uma relação entre particulares, tipicamente de direito privado. Considerando o embate entre esses direitos fundamentais, discorreu que, no caso concreto, não há incompatibilidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990, inserido pela Lei nº 8.245/1991, com o direito à moradia do art. 6º da CF, isso porque o fiador dispõe desse direito por vontade própria, por meio de contrato. De modo que o que deve prevalecer é a autonomia do fiador, e não seu direito à moradia.

Constata-se que, ao ponderar sobre a colisão de direitos fundamentais, o Ministro Joaquim Barbosa interpretou o Texto Constitucional de forma isolada, privilegiando uma análise juscivilista e liberal.

iv) Diferentemente de Joaquim Barbosa, o Ministro Carlos Britto atribuiu certo caráter absoluto ao direito à moradia e extraiu que, por ser uma necessidade essencial, esse direito deve se tornar indisponível, não podendo sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. Considerou que em três oportunidades (art. 6º, art. 7º, inciso IV, e art. 23, inciso IX) a Constituição Federal preceituou o direito à moradia. Mencionou, inclusive, a proteção estatal à família descrita no art. 226 da Carta Política. Concluiu que o direito à moradia possui muita importância na Constituição.

Sendo assim, é perceptível que o Ministro Carlos Brito realizou uma interpretação abrangente da constituição e decidiu que o princípio mais relevante para a ordem jurídica vigente e que, portanto, no seu entendimento deve prevalecer o direito à moradia do fiador, concedendo prioridade ao direito social.

v) Gilmar Mendes percebeu, no caso, uma colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia e o direito que considera tão elementar que nem está explícito no Texto Constitucional, o princípio da autonomia privada. Desse modo, revela que o princípio da autonomia privada, que preceitua a autodeterminação das pessoas, está integrado ao direito de personalidade e, portanto, deverá prevalecer.

Ao ponderar sobre a importância dos dois direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que a autonomia privada deverá prevalecer, até porque na situação do fiador de contrato locatício entendeu que não há violação do direito à moradia, priorizando o direito fundamental de primeira geração à autonomia privada de cunho liberal.

vi) A Ministra Ellen Gracie acompanhou o Relator, no sentido de que a Constituição assegura o direito à moradia, o qual pressupõe as condições

necessárias a sua aquisição por meio da propriedade ou locação. A Ministra Ellen Gracie manifestou no seu entendimento inclinação à ideologia liberal.

vii) O Ministro Marco Aurélio não constatou a existência de uma colisão entre dois direitos fundamentais de ideologias distintas e ponderou no sentido de que se trata da questão de inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, com a redação trazida pela Lei nº 8.245/1991. Ao final, disse que o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 é constitucional, entendendo que o recurso deve ser desprovido.

viii) Já o Ministro Celso de Mello confere caráter absoluto ao direito à moradia, tornando-o indisponível em relação ao particular. Ao proferir o seu voto, demonstra claramente que fez uma interpretação da ideologia constitucionalmente adotada e entendeu que um dos fundamentos da República é o princípio da dignidade da pessoa humana, delineado pela Constituição Federal de 1988, além dos valores sociais e da livre iniciativa. Elucida que toda a norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal e mencionou, ainda, os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa, solidária e de erradicação da pobreza.

ix) O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o Relator, negou provimento ao recurso e manifestou uma visão civilista do direito constitucional, característica do Estado Liberal.

x) Da mesma forma, o Ministro Nelson Jobim acompanhou o Relator, manifestando a preocupação com o futuro do mercado locatício e com o desrespeito às normas infraconstitucionais, de maneira que não analisou a Constituição como um todo, não levando em consideração os objetivos e fundamentos preceituados na Constituição Federal de 1988.

Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal tem, atualmente, entendimento consolidado de que a possibilidade de penhora do único bem de fiador em contrato de locação seria plenamente constitucional. A decisão que prevaleceu é estritamente legalista e analisou somente as consequências econômicas da decisão, deixando de lado a colisão principiológica. Esta que nem foi mencionada por alguns Ministros, que se restringiram tão somente a análise isolada da letra da lei.

Decisão contrária ao expressado pela Carta de 1988, que sofreu influência pelo nacional-desenvolventismo, com faceta democratizante, desejava de participação popular na construção das políticas econômicas, uma carta que define a construção de uma nação política e economicamente soberana,

tecnologicamente desenvolvida e socialmente justa, por meio da constituição de um mercado forte e capaz de reduzir as desigualdade sociais e regionais. É uma Carta burguesa, mas não é liberal clássica, possui cunho socialdemocrata, constitui um Estado Democrático de Direito, fundado na legalidade, possuindo mecanismos de intervenção do Estado na economia²⁹.

A interpretação da CF de 1988 é notadamente principiológica, tendo por fundamento, inclusive no que se refere à ordem econômica: a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e - valorização do trabalho humano e livre iniciativa - como fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III); e a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII).

Ainda menciona: a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); a garantia do direito de greve (art. 9º); a sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (art. 170, *caput*); a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de capital nacional de pequeno porte, todos os princípios enunciados nos incisos do art. 170; a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219); o princípio da ordenação normativa por meio do direito econômico (art. 24, I).

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, esculpiu um modelo político de Estado Social. Tal afirmação já fica clarividente com a análise do Preâmbulo, dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º e pelo fato de os direitos sociais serem inseridos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, demonstrando a importância desses direitos.

²⁹ CASTRO, M. F.; MEZZAROBIA, O. Op. cit., p. 136-137.

Contudo, isso é constatado, especialmente, ao ser analisado o Título VII da Carta Magna de 1988, que preceitua a respeito “Da Ordem Econômica e Financeira”, que anuncia já no *caput* do art. 170 que a ordem econômica é fundada nos ditames da justiça social. Esse conjunto de princípios deve ser interpretado na sua totalidade, o que permite extrair, do Texto Constitucional, a definição do sistema e do modelo econômico que fora adotado.

Constata-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção pelo sistema capitalista, há um modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, o modelo de bem-estar. Sendo assim, a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las³⁰.

Dessa forma, a Constituição brasileira adota como modelo econômico nacional o modo capitalista de produção, com visível superação entre as esferas do público e do privado, seu caráter intervencionista e seu cuidado com o desenvolvimento de uma sociedade de bem-estar social. Caso uma teoria ou sistema possa ser identificado em seu conteúdo, essa teoria teria proximidade do modelo keynesianismo³¹.

Por isso a interpretação dos princípios constitucionais leva à assertiva de que o Estado deve ser efetivo agente da promoção do bem-estar. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira. Nitidamente a ordem econômica da Constituição Federal de 1988 postula um modelo de bem-estar³².

Os direitos fundamentais são fortemente destacados na Carta de 1988. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 preceitua que os direitos e as garantias fundamentais que descrevem a respeito de garantias individuais sociais e políticas são imediatamente vinculantes. Isso quer dizer que os direitos fundamentais independem de qualquer ordem expressa para serem efetivados. Caso o legislador permaneça inerte, não regulamentando e, como consequência,

³⁰ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 344.

³¹ CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 433, 2009. 643f..

³² GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 306.

limitando um direito, existe a possibilidade de esses direitos serem exercidos de pronto, sendo o Poder Judiciário competente para julgar casos de violação.

Portanto, alegações como as que mencionam que os direitos fundamentais sociais devem ser remetidos à esfera programática, ou mesmo vinculados à possibilidade orçamentária do Estado, não podem prosperar. Fica evidente também o papel do Judiciário na questão da aplicabilidade, este também possui função de garantidor dos direitos sociais. A aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais é imediata, de modo que o Estado brasileiro é responsável, política e juridicamente, por promover as transformações sociais e econômicas necessárias com o escopo de efetivar o modelo de Estado que adota em sua Carta Magna, qual seja, o Estado Social.

Salienta-se o tratamento da autonomia da vontade, o *pacta sunt servanda*, como um princípio inafastável do ordenamento jurídico, delimitado, no caso em estudo, pela autonomia privada, decorrendo do pensamento individualista liberal. Por outro lado, a lei de impenhorabilidade do bem de família se amolda à ideologia constitucional da chamada Constituição cidadã, até porque é decorrência lógica do direito fundamental à moradia.

CONCLUSÃO

A ideologia preponderante na Carta Política do Estado é o que orienta e legitima as ações políticas e jurídicas realizadas. Neste trabalho, apresentou-se a ideologia constitucionalmente adotada, conceito hermenêutico defendido pelo doutrinador Washington Peluso Albino de Souza. Esta proposta visa fundamentalmente a interpretar as normas e os princípios do direito constitucional por meio de preceitos constitucionais da ordem econômica. A Constituição econômica é integrante do conjunto da Constituição em geral.

Seguindo os parâmetros estabelecidos pelo conceito proposto, o intérprete, ao observar a judicialização da política econômica, precisa vincular-se às bases previstas na Constituição econômica. Frisa-se que a Constituição econômica é parte de extrema relevância do conjunto da Constituição geral, pois constitui elementos fundamentais da organização constitucional, explicitando valores políticos fundamentais e consolidando a ideologia inspiradora da Constituição.

O trabalho deu enfoque especial às duas ideologias dominantes no sistema capitalista. A primeira é a do constitucionalismo liberal. O liberalismo econômico foi o conceito organizador de uma sociedade orientada para o surgimento de um sistema de mercado. Foi o sistema hegemônico até o século XIX. Pode-se

entender o liberalismo como a ideologia do capitalismo, pois prega a liberdade de comércio e contrato e a não intervenção estatal.

Entretanto, a partir do século XIX as mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas demonstraram que as fórmulas liberais, anteriormente em vigor, causaram graves sequelas sociais. Após a II Guerra Mundial, o Estado de Bem-Estar Social constitucionalizou definitivamente os direitos sociais. Desse modo, o Estado passou a intervir nas relações privadas, com a finalidade de concretizar uma distribuição mais justa de riqueza.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 é notadamente principiológica, possuindo a dignidade humana como objetivo inclusive no que diz respeito à ordem econômica. Visivelmente faz opção pelo modelo político do Estado Social, até porque a minimização das desigualdades regionais e sociais é tomada como princípio da ordem econômica.

A Constituição brasileira prevê, de forma praticamente expressa no art. 170, que o Estado brasileiro é intervencionista. Define opção pelo sistema capitalista, estipula o modelo de bem-estar, de forma que a sua interpretação deve ser dinâmica e moldada às mudanças na realidade social. A Constituição Federal brasileira possui um caráter evidentemente intervencionista, com contornos delineados pelo modelo de bem-estar social proposto por Keynes. O objetivo a ser atingido em forma de “justiça social” une todas as normas da ordem econômica. A ordem econômica de 1988 define opção pelo sistema capitalista, com o modelo de bem-estar.

Quanto a uma possível colisão entre direito de primeira dimensão/geração da autonomia privada e o direito à moradia frente à ideologia constitucionalmente adotada, o conflito deve ser guiado no sentido da mitigação da autonomia privada como consequência da conduta e legislação de um Estado interventor, no qual a autonomia privada é limitada ao que permite a lei. Quanto ao direito à moradia, sendo a sua efetivação pressuposto para a concretização da dignidade da pessoa humana e diante da relevância dos direitos sociais na doutrina do Estado de Bem-Estar Social, que é visto frente à ideologia constitucionalmente adotada pelo Estado Social brasileiro, qual seja, o modelo de bem-estar social, o direito à moradia deverá prevalecer.

Para demonstrar, na prática, a utilização da ideologia constitucionalmente adotada como filtro hermenêutico para a resolução entre conflitos de direitos fundamentais, foi analisado o Recurso Extraordinário nº 407.688-8, de 2006, que trata sobre a penhorabilidade do bem de família de fiador locatício. Neste

caso, além da colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia e a autonomia privada, verificou-se o embate entre duas ideologias constitucionais. Uma que prega a existência de um Estado de Bem-Estar Social e outra que revela um Estado predominantemente liberal.

Os Ministros do STF, ao decidirem a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato locatício no Recurso Extraordinário nº 407.688-8, concluindo por maioria ser possível a penhora, não analisaram a Constituição no seu conjunto e não levaram em consideração a ideologia incorporada na Carta Política de 1988. O entendimento do STF a respeito da questão, decidindo ser possível que o único bem do fiador de contrato locatício seja penhorado, fazendo prevalecer o *pacta sunt servanda* frente ao direito fundamental à moradia, deve ser interpretado como violador da ideologia constitucionalmente adotada pelo Estado brasileiro, qual seja, Estado Social.

Até porque o Estado de Bem-Estar Social, seguindo os moldes propostos por Keynes, não somente possui como alicerce a intervenção do Estado na economia, mas também revela a importância da implementação de políticas públicas para diminuir desigualdades sociais decorrentes do próprio sistema capitalista. Percebe-se, assim, o Estado como agente concretizador dos direitos sociais por meio das políticas públicas. No modelo de Estado de Bem-Estar, uma das finalidades da nação é diminuir os efeitos devastadores do capitalismo, um sistema por si só excludente.

A ideologia constitucionalmente adotada pode sim se constituir em um filtro hermenêutico capaz, justo e plenamente eficaz para solucionar conflitos de direitos fundamentais, como no caso demonstrado neste trabalho da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Sendo assim, é de fundamental importância que as decisões judiciais, munidas dos argumentos que levem em consideração todo o Texto Constitucional, tomem a iniciativa de minar incongruências, que resultam em injustiças gritantes e desrespeito à ordem constitucional, como a da possibilidade de penhorar o único bem de família do fiador locatício.

Por derradeiro, menciona-se que a problemática da penhorabilidade do bem de família de fiador locatício rondou por diversas vezes o Judiciário. No ano de 2010, quatro anos após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, novamente o STF se deparou com a questão por meio do Recurso Extraordinário nº 612.360, de São Paulo, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral e entendeu-se que a matéria já se encontra pacificada, no

sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador locatício mesmo após a Emenda Constitucional nº 26/2000. Dessa forma, verifica-se que, na Suprema Corte do País, ainda prevalece uma decisão que não analisa o Texto Constitucional como um todo dotado de uma ideologia predominante e que deve ser respeitada.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 305-325, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação não ofende o artigo 6º da Constituição da República. Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão em 08.02.2006. Brasília, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador. Ratificação da jurisprudência. Relatora Ministra Elen Gracie. Decisão em 13.08.2010. Brasília, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe de. Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. 643 f.

CASTRO, Matheus Felipe; MEZZAROBÀ, Orides. *História ideológica e econômica das Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

CLARK, Giovani; CORRÊA; Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Edição especial em memória do Professor Wasshigton Peluso, p. 265-300, 2013.

GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. 81 p. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. São Paulo, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2012.

PAUL, Ana Carolina. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP. São Paulo, 2008. 153 p.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRASBURGER, Florian. A penhora do bem de família do fiador da locação: uma análise à luz da principiologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais aplicadas). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2007. 128 p. Disponível em: <http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=128>. Acesso em: 25 jul. 2013.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS, 2007.

VICENT, Andrew. *Ideologias política modernas*. Trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. 7-38 p.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 10.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 07.07.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016