

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Rennan Damásio Machado

**O AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA MORA PELO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL PARA
PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Educacional Alves Faria – UNIALFA, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, sob a orientação da Prof^a. Dr^a Marina Faraco.

GOIÂNIA/2023

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

**O AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA MORA PELO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL PARA
PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Mestrando: Rennan Damásio Machado

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Marina Faraco

Linha de pesquisa: Desenvolvimento econômico e princípios constitucionais da ordem econômica

GOIÂNIA/2023

À minha esposa Isadora e à minha filha Paola, pela paciência, compreensão e apoio. Foram incontáveis os dias e noites de ausência de convívio familiar, tempo dedicado à realização deste trabalho. Tenho certeza que minhas “internações” no quarto de estudo valeram e valerão muito a pena.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos últimos dois anos, estive-me dedicado à pesquisa científica com a intenção de, humildemente, contribuir com o mundo acadêmico trazendo uma visão humanizada do direito, especialmente do direito econômico, visto tratar-se de matéria que atinge toda a população, seja qual relação jurídica se discuta.

Os estudos para realização do Mestrado em Direito Constitucional Econômico representaram, no meu caso, a abertura de grandes horizontes que contribuíram significativamente para minha evolução acadêmica, profissional e, principalmente, como pessoa.

As exposições dos professores, que a todo tempo nos instigaram a responder os porquês sociais, foram salutares para todo o processo de aprendizagem, indicando textos e autores para que a curiosidade acadêmica se tornasse contribuição para uma sociedade mais justa e consciente. Minha gratidão a todo corpo docente do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional Econômico da Unialfa, a quem eu cumprimento na pessoa da Coordenadora Adjunta e orientadora desta dissertação, Professora Doutora Marina Faraco. Pessoa de sabedoria, cordialidade e sensibilidade irretocáveis.

Também não posso deixar de reverenciar os colegas de curso. A troca, o debate ou mesmo os desabaços entre nós, mestrandos, foi de fundamental relevância para o término com sucesso deste projeto.

Por fim, agradeço a Deus pela vida!

RESUMO

A dignidade da pessoa humana como fundamento base de sustentação da ordem constitucional econômica, configura-se na consolidação de direitos fundamentais voltados a assegurar a existência digna do ser humano. A Ordem Econômica, no art. 170 da Constituição Federal, consagra a existência digna como objetivo das relações econômicas e assegura que seus fundamentos e princípios sejam observados conjuntamente para a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste cenário, o presente trabalho, utilizando o método hipotético-dedutivo e amparado em pesquisa bibliográfica de obras literárias e artigos científicos, aborda a necessidade de parametrizar um mínimo existencial em caso de inadimplemento de obrigações contratuais firmadas em mútuos habitacionais, cuja finalidade seja a moradia própria do devedor que deixa de honrar seus compromissos em razão de fortuitos que possam representar ofensa à dignidade da pessoa humana. O direito à moradia como uma das faces da dignidade humana e o seu caráter imaterial, intrínseco aos direitos da personalidade, conceito que vai muito além de um teto para morar e representa a adequada satisfação de necessidades que garantem a paz e um lar no enfrentamento das adversidades cotidianas. As excepcionalidades causadas por imprevistos, como grave doença na família e a possibilidade de afastamento dos efeitos da mora para a preservação da dignidade, serão tratadas de modo a escudar que a Constituição Federal possui mecanismos à disposição que permitem a interpretação de que direitos existenciais não podem retroceder. O estudo apresenta, ainda, uma análise a respeito da natureza jurídica, garantias e características próprias dos contratos de mútuo habitacional, discorrendo sobre a função social dos contratos e o seu papel instrumentalizador da dignidade humana por meio da moradia digna. A defesa da atuação do Estado, através do Poder Judiciário, frente a casos em que o devedor, em virtude de situações fortuitas as quais não tenha dado causa, acaba por deixar de honrar as obrigações assumidas, mas que, em respeito à dignidade da pessoa humana, não sofrerá, pelo menos temporariamente, os efeitos de penalidades contratuais que venham a colocar em risco este direito central garantido pela Constituição Federal. Também serão apresentados casos julgados pela jurisprudência brasileira dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Goiás e Paraná nos quais, em homenagem a preservação da dignidade humana durante ocasiões fortuitas, determinou-se a suspensão temporária dos efeitos da mora, assegurando-se uma visão humanista da Ordem Econômica brasileira, concretizada pelas mãos do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Financiamento Habitacional. Afastamento da mora. Poder Judiciário brasileiro. Ordem econômica constitucional.

ABSTRACT:

The dignity of the human person as the basis for supporting the economic constitutional order is configured in the consolidation of fundamental rights aimed at ensuring the dignified existence of human beings. The Economic Order, in art. 170 of the Federal Constitution, enshrines dignified existence as the objective of economic relations and ensures that its foundations and principles are observed together to protect the dignity of the human person. In this scenario, the present work, using the hypothetical-deductive method and supported by bibliographical research, both in literary works and scientific articles, addresses the need to parameterize an existential minimum in case of non-compliance with contractual obligations signed in housing loans, whose purpose be it the debtor's own home who fails to honor his commitments due to fortuitous events that may represent an offense to the dignity of the human person. The right to housing as one of the faces of human dignity and its immaterial character, intrinsic to personality rights, a concept that goes far beyond a roof over your head and represents the adequate satisfaction of needs that guarantee peace and a home to cope with. of everyday adversities. Exceptionalities caused by unforeseen events, such as serious illness in the family and the possibility of removing the effects of default in order to preserve dignity, will be treated in such a way as to shield the fact that the Federal Constitution has mechanisms available that allow the interpretation that existential rights cannot go back. The study also presents an analysis of the legal nature, guarantees and characteristics of mutual housing contracts, discussing the social function of contracts and their role in instrumentalizing human dignity through decent housing. The defense of the State's actions, through the Judiciary, in cases in which the debtor, due to fortuitous situations which he did not give rise to, ends up failing to honor the obligations assumed, but which, in respect for the dignity of the person human rights, will not suffer, at least temporarily, the effects of contractual penalties that may put this central right guaranteed by the Federal Constitution at risk. Cases judged by the Brazilian jurisprudence of the Courts of Justice of the States of São

Paulo, Goiás and Paraná will be presented in which, in honor of the preservation of human dignity during fortuitous occasions, the temporary suspension of the effects of the delay was determined, ensuring a clear vision humanist of the Brazilian Economic Order, implemented by the hands of the Judiciary.

KEYWORDS: Dignity of human person. Decent housing. Housing Financing. Removal from default. Brazillian Judiciary. Constitutional economic order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA.....	8
1.1 Ordem econômica: a discussão sobre parâmetros mínimos de dignidade da pessoa humana.....	8
1.2 A necessária interligação entre a liberdade econômica e os princípios humanistas da ordem econômica nacional.....	16
1.3 O Direito à moradia como reflexo da dignidade da pessoa humana.....	25
2. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL E SEUS PRINCIPAIS REGRAMENTOS.....	38
2.1 Função social do contrato.....	39
2.2 Aspectos legais dos contratos de financiamento habitacional.....	45
2.3 A Mora contratual e seus desdobramentos.....	52
3. O AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DA MORA POR TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS PAUTADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	59
3.1 Panorama jurisprudencial da aplicação do afastamento de encargos para preservação da dignidade humana.....	66
3.1.1 Análise do caso paradigma julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	66
3.1.2 Análise de outros casos na jurisprudência de Tribunais de Justiça brasileiros	73
3.2 A realização da dignidade da pessoa humana pelo Poder Judiciário.....	81
CONCLUSÕES.....	90
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da posição em que a dignidade da pessoa humana deva ocupar em um ordenamento constitucional tem sido, principalmente a partir da segunda metade do século XX, objeto de antagonismo entre aqueles que defendem a mínima atuação do Estado na economia e os que escudam o protagonismo estatal para salvaguardar o bem comum.

Não obstante a falta de aquiescência quanto aos limites da atuação do Estado para que a dignidade da pessoa humana seja preservada, propõe-se, no presente trabalho, o estudo deste princípio como parâmetro mínimo de condição de sobrevivência.

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é posicionada como fundamento da República (art. 1º, inc. III), em demonstração de que a garantia de direitos básicos para existência do ser humano constitui elemento essencial e primordial a ser resguardada pelo constituinte.

Neste ponto, fazendo um recorte da tutela de direitos fundamentais que instrumentalizam a dignidade, apresentamos a hipótese de atuação do Poder Judiciário frente a situações que possam colocar em risco a dignidade da pessoa humana, quando em conflito com outros direitos.

Especificamente, será analisado se, constatada uma situação de vulnerabilidade humana, aqui delimitada no acometimento de uma grave doença inesperada, pode o Estado, através do Judiciário, adentrar à relação jurídica estabelecida entre os particulares para garantir que uma das partes não venha a sofrer ofensa à dignidade em virtude do não cumprimento da obrigação contratada.

O caso de um devedor de mútuo habitacional com a finalidade de moradia própria que passa por severos problemas de saúde na família e que, por isso, torna-se inadimplente, é razão para que o Estado se “intrometa” e garanta a inviolabilidade de direitos fundamentais deste devedor, como a moradia? Agiria o Estado como um “samaritano” que declara o perdão de dívidas ao constatar a regressão de direitos fundamentais em razão da relação contratual livremente assumida?

Para desvendar as possibilidades e hipóteses de afastamento da mora em contratos cujo objeto seja a moradia própria, nos propomos a enveredar pelo estudo dos direitos humanos e contratual, sob a luz da Constituição Federal, para analisar casos concretos em que o braço judicial do Estado julgou conflitos de interesses que exalam as diferenças e semelhanças dos fundamentos, objetivos e princípios da Ordem Econômica brasileira.

Para tanto, utilizaremos o método hipotético-dedutivo com base em pesquisa bibliográfica, obras literárias e artigos científicos de autores que contribuem sobremaneira ao debate aqui proposto.

Também serão estudados julgados pelas Cortes brasileiras de justiça pertinentes à ilustração do tema apresentado.

Assim, no primeiro capítulo, estudaremos a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional da Ordem Econômica, os desdobramentos de tal preceito na Constituição Econômica e a sua realização por meio do direito a moradia.

No segundo capítulo, abordaremos, sob uma visão constitucional, os contratos que instrumentalizam o direito à moradia da maioria dos brasileiros. O financiamento habitacional e seu duplice objeto: moradia e lucro, a função social do contrato e as regras e consequências que a mora contratual podem acarretar ao mutuário inadimplente.

No terceiro e último capítulo, apresentaremos casos em que o Poder Judiciário, reconhecendo uma situação de vulnerabilidade do devedor, suspende temporariamente os efeitos da mora para preservação da sua dignidade.

Concluiremos, então, com uma análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Goiás e Paraná que demonstraram em seus julgados a aplicação de um direito econômico humanista e solidário, que insere o ser humano e sua dignidade como núcleo das relações jurídicas econômicas, garantindo-se que os princípios, fundamentos e objetivos da Ordem Econômica brasileira sejam enxergados de forma una e equilibrada, complementando-se uns aos outros.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Inserta na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III)¹, a dignidade da pessoa humana se traduz, dada a magnitude de sua observância no atual cenário jurídico, como principal fundamento de existência da República, ou, nos dizeres de Jorge Miranda², “*fundamento e fim da sociedade*”. A dignidade da pessoa humana enxerta em todos os demais fundamentos à valoração do principal objeto de tutela do Estado: o ser humano.

É a partir desta premissa que o ordenamento constitucional se move, criando mecanismos e condições para se efetivar dignidade em seus mais variados sentidos. Não diferente, a ordem econômica e financeira também se insere neste macrossistema, visando garantir a liberdade individual própria do capitalismo sem contudo, deixar de proteger a existência humana coma garantia de um mínimo de dignidade.

O primeiro capítulo deste trabalho visa demonstrar que a dignidade da pessoa humana deve figurar como ponto central do ordenamento jurídico, integrando os princípios liberais e sociais da Constituição Econômica de 1988.

1.1 Ordem econômica: a discussão sobre parâmetros mínimos de dignidade da pessoa humana

Os objetivos da República Federativa do Brasil passam, inevitavelmente, pela análise de atendimento aos ditames da dignidade da pessoa humana, servindo como verdadeiros instrumentos para a sua efetivação. Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I (...); II - (...), III - a dignidade da pessoa humana; https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05/04/2023

2 No texto “A dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa dos Direitos Fundamentais” o autor A Constituição confere uma unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, repousando na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, ou seja, na ideia de “dignidade humana”. Por encerrar um valor absoluto, somente pode, haver ponderação entre dignidades de diferentes pessoas, jamais com qualquer outro princípio. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014 p. 73.

formas de discriminação³, são propósitos envoltos num ambiente em que o ser humano é o objeto de toda tutela proporcionada pelo Estado.

O conceito do “supra-princípio” ou “fundamento maior” da dignidade da pessoa humana, não se mostra tarefa das mais simples entre os estudiosos brasileiros. Alexandre de Moraes⁴ conceitua a dignidade como algo que não pode, em regra, sofrer limitações, sendo um mínimo invulnerável que deve ser assegurado pelo ordenamento jurídico. Na visão de Ana Paula de Barcellos, a dignidade da pessoa humana vai além das questões jurídicas, pois é anterior, se consubstanciando em um valor intrínseco e independente de qualquer ordem jurídica.⁵

Para os fins do presente trabalho, que sai em defesa da dignidade da pessoa humana como parâmetro de atuação do Estado, tem-se que o termo deva ser enxergado como sinônimo ou correlato a uma noção de existência digna, inerente aos seres humanos. Algo que não se tenha que postular ou reivindicar, já que decorre da própria condição humana. Seja qual for o sistema de Estado, a dignidade deve alcançar o topo dos objetivos da nação, pois diferente disso, o ser humano se encontraria invertidamente inserido.

Na história moderna da humanidade, após as atrocidades perpetradas por duas grandes guerras na primeira metade do século XX, ganhou relevância a tendência de proteção a dignidade pessoa humana constitucionalmente referendada, ou seja, a lei maior de uma nação passou a tutelar direitos e garantias antes não prioritários.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶ em 1948 representam o que há de mais significativo na evolução pela proteção de direitos humanos fundamentais, servindo de base para diversos tratados de paz e de defesa dos direitos humanos.

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05/04/2023.

4 Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.28

5 A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”. BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019. P.15

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000. [Declaração Universal dos Direitos Humanos | As Nações Unidas no Brasil](https://www.un.org.br/pt-br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos)». brasil.un.org acesso em 05/04/2023

Também ganhou destaque, em meio a este cenário de reconstrução das nações, a chamada força normativa da constituição⁷, traduzindo-se no chamado neoconstitucionalismo, doutrina que busca a implementação prática dos princípios inseridos da constituição.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais correlatos passaram então por uma intensa modificação no que diz respeito a efetivação e a própria colocação no ordenamento jurídico, já que estando a dignidade no topo da hierarquia jurídica das normas, a constituição teria os mecanismos apropriados para sua implementação, imprimindo sua própria vontade.⁸

De acordo com Flávia Piovesan⁹, a edição da Declaração de 1948, além de conferir à dignidade da pessoa humana contornos universalistas, teve como uma de suas principais finalidades delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. A partir deste marco histórico, portanto, o único requisito exigido para a titularidade de direitos passou a ser a condição de *ser* pessoa, rompendo-se completamente com sistemas adotados por ordens jurídicas então vigentes. Em decorrência desta ruptura, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento dos direitos humanos, foi sendo incorporada por todos os documentos que versam sobre direitos humanos.

Neste cenário, emergiram-se para os Estados diversas necessidades de implementação de direitos e garantias que pudessem propiciar aos cidadãos uma ideia de bem-estar social ou, pelo menos, o mínimo existencial, surgindo, ainda, a discussão acerca do que viria a ser um mínimo necessário para proporcionar uma existência digna.

Defendemos, pois, que o alcance de tal situação, passa, obrigatoriamente, pela dignidade da pessoa humana, princípio fundante da ordem jurídica e finalidade do Estado.

Segundo Ricardo Lobo Torres¹⁰, o mínimo existencial seria o direito às condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exigem prestações estatais positivas. Tal conceito, segundo o autor, remonta ao final do século XVIII, no feudalismo, época em que o Estado passou a não mais tributar os mais pobres por entender que a

7 “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”. BARROSO, Luis Roberto, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil, Revista da MERJ, v. 9, n° 33, 2006. p.48

8 MENDES, Gilmar Ferreira. Em Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição. Universidade de Freiburg. 1959. p.19/23. Editorá J.C. B. Mohr (Tübingen, 1959), tendo sido confrontada, posteriormente, com a tradução para o espanhol elaborada por Pedro Cruz Villalon (in: Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, 1983, p. 60/84)

9 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2011. p. 146.

10 TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Renovar, Rio de Janeiro:2001. p.99/103

pobreza em si seria causa excludente do poder de tributar. Assim o Estado, proporcionando uma ideia de mínimo existencial, retiraria do campo da incidência fiscal aquelas pessoas que não possuíam a riqueza mínima para o seu sustento

Ana Paula de Barcellos¹¹ assevera que o mínimo existencial deriva do princípio da dignidade humana sendo formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica ou simétrica.

Não obstante a discussão teórica a respeito do seu alcance e abrangência, importa reafirmar que é a dignidade da pessoa humana o principal vetor para um conceito, ou estado de ser, do mínimo existencial.

As condições básicas para uma vida digna, podem ser completamente diferentes considerando-se a posição geográfica social. Por exemplo, o conceito de mínimo existencial para uma sociedade nórdica com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) elevado, provavelmente abarcará direitos impensáveis para um país em desenvolvimento ou subdesenvolvido da América Latina ou da África.

Entretanto, o que se deve parametrizar nesta situação é o que vem, de fato, a definir o que o ser humano necessita de mais básico para sobrevivência digna. Neste ponto, vale a pena lembrar o dispositivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹², que em seu artigo 25 assim prevê:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. ([Declaração Universal dos Direitos Humanos | As Nações Unidas no Brasil](https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos)). brasil.un.org acesso em 05/04/2023)

Aqui é possível dimensionar as principais necessidades do ser humano e suas características, tendo por base que o mínimo existencial passa pela observância de questões empíricas como alimentação, saúde e moradia digna.

A implementação de ações para concretização desses direitos pelo Estado marcam acaloradas discussões de juristas sobre como transformar o mínimo existencial em direitos

11 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.41/46.

12 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso em 11/06/2023.

palpáveis? Segundo Ricardo Lobo Torres¹³, a contribuição de Canotilho, que trouxe para o português lições do Direito Alemão, foi crucial para o desenvolvimento da doutrina do mínimo existencial para a realização dos direitos sociais.

Na década de 1980, no Brasil, grandes nomes do Direito Constitucional passaram a defender a efetividade da dignidade da pessoa humana por meio do mínimo existencial.

Luís Roberto Barroso¹⁴, sustentando a referida efetividade, defende a plena exequibilidade das normas definidoras dos direitos sociais; a função emancipadora da interpretação jurídica; a viabilidade do mandado de injunção para a garantia dos direitos sociais e a defesa da posição progressista.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, sustenta como base de tal sistema, a materialidade empírica do princípio da igualdade.

Paulo Lopo da Silva¹⁶ sugere o mandado de segurança como alternativa para a efetividade dos direitos sociais.

Para Paulo Bonavides¹⁷ e Eros Grau¹⁸, em sintonia, apoiam-se na tese da efetividade das normas programáticas.

Todas essas notáveis contribuições teóricas serviram e ainda servem para que, cada vez mais, seja aprimorado a conturbada questão envolvendo a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

13 TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. São Paulo: Editora do Advogado, 2008. p.71

14 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p.62.

15 “todas as normas constitucionais concernentes à justiça social” geram direitos que “são verdadeiros direitos subjetivos na acepção mais comum da palavra”. MELLO, Celso Antônio Bandeira “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”. Revista de Direito Público. São Paulo, 1981. p.57/58.

16 “O íncio social constitucional é um direito fundamental, insito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos” SILVA. Paulo Lopo da. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Forense. 1983, p. 28 .

17 “Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasce abraçada à tese dos direitos fundamentais Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas” (p. 208) O Professor cearense mantém até hoje essas ideias -cf. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000, P. 211 BONAVIDES. Paulo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1980: “O Estado de Direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais” p. 197.

18 “Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo - repita-se - as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário” GRAU. Eros Roberto. Direitos. Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 126.

Neste contexto, Ana Paula de Barcellos¹⁹ afirma que o chamado mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a qual se deve reconhecer a eficácia jurídica, positiva ou simétrica.

É de reparar, no entanto, que entre a conceituação e formação de direitos componentes do mínimo existencial e sua eficácia jurídica, positiva ou simétrica há um imenso espaço que impede a implementação prática que merece o caso. É inócuo tratar sobre os direitos fundamentais sem apontar como ou a que custo eles serão incorporados, pois a chamada reserva do possível²⁰ se traduz como fator delimitador do alcance de direitos exercidos em prol de uma dignidade mínima.

Até que ponto poderia o Estado atuar em prol de determinados interesses individuais para assegurar a dignidade das pessoas? E mais, sem que isso atinja outros direitos coletivos? Na verdade, os interesses individuais devem se traduzir em direitos fundamentais mínimos, a exemplo dos direitos sociais (Art. 6º CF) para que o Estado possa tutelar os referidos direitos.

Não se trata de uma adjudicação individual de bens públicos, já que isso não resolveria a questão macro, mas sim de um planejamento minucioso de políticas públicas voltadas à implementação de direitos sociais. Talvez seja esta a semente a ser plantada para que se possa, pouco a pouco, diminuir as demandas individuais para a realização de direitos fundamentais, pois acaso o Estado consiga cumprir com êxito a execução das políticas públicas necessárias, certamente as questões pontuais e individuais para o acesso a determinado bem ou direito, serão tratadas de modo excepcional, ao contrário do que se nota hodiernamente, sobretudo a luz da concessão de direitos fundamentais decretados por meio de ações judiciais.

Aqui, a fim de robustecer a ideia de diferenciação entre as políticas públicas nas áreas sociais (voltadas a implementação coletiva dos direitos sociais) e a proteção das circunstâncias que encarnam o mínimo existencial, nos valemos da lição de Paulo Lopo da Silva²¹ que assevera que a proteção do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende nem do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos

19 No texto a autora defende que o mínimo existencial é formado por quatro elementos: três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p 258.

20 “Em síntese, se a ideia da reserva do possível pode ser utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, em um contexto de disputas alocativas, no sentido de justificar a falta de efetivação de determinados direitos sociais, se todos os direitos, civis, políticos e sociais, são, em maior ou menor grau, onerosos, e se o que está em jogo, na realidade, é decidir *como e com que* prioridade serão alocados os recursos que os direitos, civis, políticos ou sociais, exigem para a sua satisfação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força (em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico etc.), até o máximo possível, e que está priorizando os grupos mais vulneráveis.” SCHWARS, Rodrigo Garcia. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais e a Judicialização de Políticas: algumas Considerações. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43. 2016. p.270.

21 TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. São Paulo: Editora do Advogado, 2008. p. 71.

sociais. Em outras palavras, conclui o autor, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos.

Ainda no ano de 1917, a inovadora e progressista Constituição Mexicana, estabeleceu direitos e garantias fundamentais que a fez, em conjunto com a Constituição de Weimar de 1919, a qual instituiu a Primeira República alemã, ordenamentos jurídicos vanguardistas na seara da proteção do ser humano e o seu papel principal para a garantia de direitos básicos aptos a alçar os indivíduos a um patamar minimamente digno, com acesso as indispensáveis necessidades para sobrevivência.

As referidas ordens constitucionais, promulgadas após períodos de lutas e guerras, marcaram o início do constitucionalismo social²², movimento voltado a colocar o Estado em um papel ativo para a garantia de direitos sociais, extremamente necessários para o soerguimento das pessoas que mantinham com o ente estatal uma relação de vulnerabilidade, vez que praticamente inexistentes, até então, ações afirmativas para proteção da dignidade da pessoa humana.

Tanto a Constituição de Weimar quanto a mexicana, como fruto de uma face social do constitucionalismo, visaram estabelecer positivamente, ou seja, por meio dos seus artigos, os direitos fundamentais de seus cidadãos, a exemplo do que mais tarde viria a ser a Constituição brasileira de 1988.

Importante, ainda destacar a luta de movimentos sociais, culturais e políticos para a positivação na Constituição Federal de 1988 de direitos como do trabalho, sindical, educação, saúde e a própria moradia, que como será adiante analisado, também é consequência da evolução dos direitos de segunda dimensão, cujo Estado tem a obrigação de prover.

22 Segundo Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro os textos constitucionais do México de 1917 e de Weimar de 1919 consubstanciaram o constitucionalismo social “entendido este não apenas como a inserção isolada, em Cartas de índole eminentemente liberal, de dispositivos de índole social, mas, sim, como o reconhecimento pelo Estado – e através da inserção, nos respectivos textos constitucionais, de inúmeros artigos, posicionados de forma sistematizada e relativos às inúmeras dimensões em que se projeta a vida do indivíduo em sociedade – de que, além de uma conduta negativa a ser assumida em tema de liberdades públicas, deve o Poder Público intervir no seio da coletividade para, mediante ação positiva, promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, todos os direitos previstos em sede constitucional”.PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de informação legislativa do Senado Federal v. 43, n. 169, 2006. p. 104.

Vale ressaltar que diante da amplitude conceitual do que viria a ser um direito fundamental apto a assegurar a dignidade da pessoa humana, por ser o núcleo formal e material da Lei Maior²³, não se tem uma definição clara do alcance, ou dos efeitos, que a proteção Estatal pode chegar.

Nos ensinamentos de Gilberto Bercovici²⁴, ao referenciar o Constituição de Weimar e o Tribunal Constitucional Alemão, para se consagrar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir o direito à vida e a integridade física dos seus habitantes por meio da prestação de serviços sociais essenciais, de modo que se traduziria em uma forma de compeli-lo a dar condições mínimas para assegurar a existência digna de sua população.

Com efeito e já remetendo-se ao propósito do presente trabalho, colhe-se que, por estar inserida como no núcleo central, tanto nos fundamentos quanto nos objetivos gerais da ordem econômica e financeira, a dignidade da pessoa humana merece especial atenção para sua garantia, seja por meio das imprescindíveis políticas públicas voltadas para a realização dos direitos sociais ou mesmo, de forma excepcional, por meio da tutela do Poder Judiciário, que deve, ao enfrentar questões práticas, socorrer-se nos dispositivos constitucionais que consagram os direitos fundamentais para assegurar aos cidadãos a existência digna, mesmo que para isso sejam feitos sacrifícios relacionados a liberdade econômica, pois nos dizeres de Gilberto Bercovici:²⁵

Afinal, a Constituição, de 1988, para desespero ou fúria de nossos auto-intitulados “liberais” (estariam melhor classificados como conservadores ou até reacionários), não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que eles façam. Aliás, a própria importação do discurso sobre o mínimo existencial, inclusive, poderia ser questionada. Afinal, trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial de um Estado cuja constituição, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, não prevê, expressamente, os direitos sociais. Ou seja, uma constituição bem distinta, em termos de alcance e estrutura, para não mencionar a dimensão histórico-social, da Constituição brasileira, de 1988. No entanto, o que importa aqui é afirmar que as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem ser limitadas ao discurso do mínimo existencial. Pelo contrário, essas relações, sob a Constituição de 1988, vão além e não se configuram “apenas” na universalização dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais). As relações entre dignidade humana e constituição

23 “Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, caput), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, caput). Mais adiante, no artigo 230, ficou consignado que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Assim, antes tarde do que nunca – pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio –, a dignidade da pessoa e, nesta quadra, a própria pessoa humana, mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.” SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.37.

24 BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e a Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2007. p. 457/467.

25 BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e a Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2007. p. 457/467.

econômica exigem também a realização da democracia econômica e social. O debate sobre a democracia econômica e social vem, mais uma vez, da República de Weimar, mas diz respeito, essencialmente, à expansão da democracia e do Estado de Direito da esfera política para as esferas econômica e social. Democratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia. A economia deve deixar de ser privada, para ser efetivamente publicizada, ou seja, pertencer a todos e funcionar de acordo com o interesse coletivo. (BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e a Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2007. p. 457/467.)

Portanto, temos que a nossa Constituição, sobretudo a econômica, é única e deve, a despeito de posições contrárias, ser interpretada de modo a que seus princípios se complementem e não se antagonizem, como em muitas ocasiões parece ocorrer. O ser humano digno tem que ser o núcleo duro das relações econômicas.

1.2 A necessária interligação entre a liberdade econômica e os princípios humanistas da ordem econômica nacional

Com vistas a alcançar a igualdade material entre os cidadãos, surgiu para o Estado, segundo conceito formulado por Paulo Bonavides²⁶, a necessidade de instrumentalizar os mecanismos a implementar a dignidade humana.

São os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão que se pautavam pela liberdade individual e uma atuação negativa do Estado, os direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizam-se por exigir do ente estatal uma postura positiva ou afirmativa para colocar em prática direitos humanos fundamentais mínimos, denominados em nossa carta constitucional de direitos sociais. Nesse contexto, a efetivação de normas constitucionais pragmáticas mostra-se imprescindível para que se possa realizar a igualdade em seu sentido material e não meramente formal.

Embora previstos no artigo 6º da Constituição Federal, os direitos sociais, como representantes do mínimo existencial para vida dos cidadãos, não são dispositivos auto-executáveis, pois necessitam literalmente de ações positivas do Estado, seja por meio de instrumentos colocados à disposição do Poder Executivo (políticas públicas), seja por regulação, matéria afeta à função típica do Poder Legislativo.

26 O autor ao referenciar os direitos de segunda geração afirmou que "(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula". BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 517.

Não menos importante, tendo em vista ser um dos fatores fundantes do presente trabalho, o Estado-Juíz também não pode eximir-se do objetivo de realização dos direitos sociais.

Adiante, no terceiro capítulo, será abordado a atuação judicial para consecução de direitos sociais, especialmente o direito à moradia para o resguardo da dignidade da pessoa humana ante a excepcionais situações vivenciadas em relação a saúde.

Por enquanto, neste primeiro momento, destaca-se pois que a realização dos direitos fundamentais passa diretamente pela unicidade dos princípios da ordem econômica e financeira, estabelecida pelo constituinte de 1988, dentro da constituição econômica.

Da análise do art. 170, nota-se claramente a coexistência de princípios inerentes a uma economia liberal com a incidência de normas intervencionistas, que buscam a consolidação de direitos fundamentais. Esta característica não se estabelece apenas no Título VII (Da Ordem Econômica), mas sim em todo o texto constitucional, desde o seu artigo 1º, que conforma os valores do liberalismo à realização da justiça social, característica esta própria do Estado social democrático.

A exemplo disso, o inciso IV do artigo 1º define que a livre iniciativa, inerente a economia liberal capitalista, não se destoa dos valores sociais do trabalho. No art. 3º, não diferente, caminham juntos a liberdade, a justiça e a solidariedade (inciso I) além de outros vários dispositivos constitucionais que equilibram a liberalidade individual com a intervenção estatal (art. 5º, incisos VIII, XII, XXII e XXIII, dentre outros).²⁷

Mas é dentro da Constituição Econômica que se evidencia o termômetro social inserido no capital instituído pela Carta Magna. O Direito Econômico se mostra como verdadeiro direito de conflitos entre a liberdade individual e direitos coletivos, pois ao mesmo tempo que oferece instrumentos para organização do processo econômico capitalista de mercado, pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos, incorporando assim os conflitos entre a política e a economia²⁸.

27 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05/04/2023

28 BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato. Tradução. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 504/519.

Neste contexto, formado por uma constituinte neoliberal mas com um cunho intervencionista subsidiário, Washington Peluso Albino de Souza²⁹ assevera que alguns aspectos revelam de maneira mais palpável as influências de um sistema e de outro nos dispositivos constitucionais. Para o autor, o liberalismo estaria encarnado no fato de ter se adotado como fundamento a livre iniciativa; como princípios a propriedade privada e a livre concorrência e a garantia de ser assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Já de outro lado, apoiando-se na ideia de Estado social, destaca as seguintes características: como fundamento a valorização do trabalho e a existência digna conforme os ditames da justiça social; como princípios a função social da propriedade a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

André Ramos Tavares e Marina Faraco Lacerda Gama³⁰, em uma visão crítica dos princípios insertos no artigo 170 da Constituição Federal, enfatizam tratar-se de um conjunto normativo que demanda a adoção de planejamento, políticas econômicas e políticas públicas para a consagração dos valores ali consagrados que seriam, em verdade, um modelo de desenvolvimento do país. Num modelo no qual a preocupação central é promover o desenvolvimento pleno da sociedade, é inadmissível continuar a tratar, com descaso ou como meramente decorativo, todo o conjunto normativo da Constituição sobre justiça social e sobre dignidade da pessoa humana.

Ricardo Sayeg e Thiago Matsushita³¹ enfocam que a constituição econômica brasileira, demonstra o capitalismo em sua visão tridimensional, com observância da igualdade, liberdade e solidariedade, já que assegura-se aos cidadãos os direitos humanos de primeira dimensão (liberdade), de segunda dimensão (igualdade) temperados pela solidariedade, ou fraternidade encontrada nos direitos difusos como os destinados a proteção consumidor. Assim, os direitos de terceira dimensão estabelecem-se no capitalismo com medida de proporcionalidade entre a igualdade formal e a material, na busca do resultado da dignidade básica.

Certamente a intenção do constituinte originário foi moldada para, dentro de uma economia capitalista, com a garantia de princípios liberais, assegurar a observância de garantias de cunho social, voltados a dignificação da pessoa humana. O artigo 170 equilibra os aparentes conflitantes

29 ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 372.

30 TAVARES, André Ramos. GAMA, Marina Faraco Lacerda. O STF e a Constituição Econômica: Casos e Funções. 1ª ed. Curitiba: Inter Saberes, 2022. p. 12

31 MATSUSHITA, Thiago Lopes; SAYEG, Ricardo Hassom. O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano Tridimensional. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008. p. 2413-2414.

princípios da ordem econômica e financeira. O direito a propriedade, tão significativo e primordial às bases liberais, em nossa constituição econômica é condicionado ao exercício social de sua função. A livre concorrência, marcante característica das economias liberais, pois representa a liberdade da iniciativa privada em exercer atividades econômicas concorrencialmente umas com as outras, no Brasil, deve respeitar normas rígidas de direito do consumidor, trabalhistas e ambientais.

Toda esta parametrização de princípios se deve ao fato que o conjunto normativo estabelecido na ordem econômica buscar, de uma forma ou de outra, assegurar que as pessoas tenham acesso a condições mínimas para o exercício da liberdade, que somente é possível com a coexistência da igualdade material e justiça social.

Aliás não se pode deixar de destacar a importância da obra do liberalista John Rawls³², que embora defendesse os princípios de uma economia liberal, pautada no respeito aos direitos a propriedade, a liberdade de crença, expressão, locomoção, sustentava também uma visão diferente do princípio da liberdade, que deveria ser correlato à igualdade material.

Neste ponto, as desigualdades que se originaram no passado em decorrência da escravidão, segregação social, machismo dentre outras repudiantes práticas deveriam ser, segundo Rawls, restringidas e compensadas por meio de ações de afirmação. Tais ações que descompensariam o caráter liberal dos clássicos pensadores do século XVIII, deveriam ser realizadas pelo Estado e com o afincamento necessário para reinserir a classe excluída no jogo da liberdade, já que sem as condições mínimas de existência digna não seria possível concorrer com paridade aos postos almejados pela parcela mais favorecida da sociedade.

As cotas sociais e raciais para ingresso em universidades públicas, por exemplo, embora sejam alvo de polêmicas, sintetizam um pouco do sentimento inclusivista defendido por John Rawls em sua luta pela justiça social.

Não obstante a existência de argumentos prós e contra, o referido debate é inevitável e salutar para o progresso e diminuição do abismo social cravado entre pobres e ricos.

A Constituição Federal de 1988, considerada a constituição cidadã, reforça a ideia da igualdade material e inclusão social, sobretudo na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao caput do artigo 5º, relativizando o conceito de igualdade para “tratar desigual os desiguais”. Com isso a legislação infraconstitucional pôde regulamentar importantes ações inclusivas de cunho social como a reserva de cotas para estudantes de escolas públicas em universidades federais (Lei nº 12.711/2012), participação de mulheres nas eleições concorrendo a

32 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. por Vamireh Cha-con. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p.54/62.

cargos eletivos (Lei nº 12.034/2009), reserva de postos de trabalho para pessoas com deficiências (Lei nº 13.146/2015) dentre outras.

Não menos importante também se consagra como instrumento de promoção da igualdade os programas sociais instituídos principalmente a nível nacional, como Financiamento Estudantil (FIES), Minha Casa Minha Vida, Bolsa Família, Fome Zero e etc. Tais programas de natureza assistencialista são necessários para proporcionar o mínimo existencial de uma população ultravulnerável, que poderá mais adiante, caso se concretize a missão inclusivista de tais ações, concorrer, nas mesmas condições, às oportunidades até então tomadas exclusivamente por grupos sociais mais favorecidos.

Desta forma, há como se afirmar que na Constituição de 1988 existem elementos suficientes para amparar o Estado na difícil e conturbada tarefa de concretização de direitos humanos fundamentais, sem contudo abrir mão da liberdade intrínseca ao sistema capitalismo de mercado e a relação ente trabalho e capital.

Outrossim, neste modelo capitalista de sistema econômico é o fator financeiro, ou seja, o dinheiro o elemento nodal da nossa economia brasileira.

Deste modo, importante mencionar que das bases deste sistema até a consagração da constituição econômica da forma como colocada na CF/88, com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial corporificado nos direitos sociais, houve relevantes contribuições teóricas para a formação deste Estado-social estabelecido na constituinte.

Desde o seu surgimento a partir do século X após o declínio do feudalismo³³, o capitalismo desde sua formação mercantilista, passando pela fase industrial até o atual modelo de capitalismo financeiro ou informacional, dominou os sistemas econômicos ocidentais. Baseado na propriedade privada, no lucro, no trabalho assalariado, na economia de mercado e em uma sociedade formada por classes, o referido sistema prima também pela liberdade individual de cada cidadão e propõe que ao Estado não cabe o papel de interventor, sendo as relações econômicas reguladas de acordo com as leis de oferta e procura.

Após a revolução industrial, ganhou força o chamado capitalismo monopolista ou financeiro, que se desenvolveu entre o final do século XIX e início do século XX, com o advento do

33 “Ao iniciar seu desenvolvimento, o capital comercial tende a se intensificar cada vez mais seus pressupostos: ele promove uma concentração cada vez maior de dinheiro nas mãos dos comerciantes, fortalecendo a sua posição na sociedade ao mesmo tempo em que impulsiona a circulação de dinheiro e a monetização das relações sociais. Não resta dúvidas de que estes efeitos resultantes da ação progressiva do capital comercial transformaram profundamente as relações de produção feudais e atuaram na correlação de força das classes em luta, criando novas formas de obtenção de rendimentos, ou melhor novos interesses. De um modo geral, toda esta nova conjuntura acaba preparando o terreno para a posterior emergência do capitalismo”. MARIUTTI, Eduardo Barros. A transição do feudalismo ao capitalismo: um balanço do debate. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas. 2000. p. 167/173.

sistema financeiro internacional e o gradativo aumento da atuação do capital bancário e especulativo. A partir dos anos 1970, o aperfeiçoamento das tecnologias da comunicação e da informação, aliado à expansão das multinacionais, ampliou o escopo da presença do mercado em escala internacional, reforçando o processo de financeirização do sistema econômico vigente.

No entanto, no período compreendido após a Grande Depressão americana (crise econômica de 1929 e a quebra da bolsa de Nova York), houve o surgimento de um contraponto a ideia de intervenção mínima do Estado na economia.

Idealizado pelo economista britânico John Maynard Keynes, o keynesianismo visava que o Estado tinha, por dever, atuar ativamente na economia para assegurar o bem-estar social ou o *welfare state*. A teoria keynesiana³⁴ defendia a participação ativa do Estado diante das instabilidades do ciclo econômico. Para combater a depressão ou a recessão, o aumento dos gastos públicos e/ou a redução de impostos, estimularia os gastos com consumo. Recomendava, também, uma política monetária expansionista, com queda de taxas de juros, na expectativa de que isso aumentasse os investimentos privados. Assim, além de fomentar, regular e fiscalizar os agentes econômicos, o Estado imporia ao mercado, o dever de cautela, a fim de que os direitos sociais e trabalhistas fossem respeitados.

A presunção de autorregulação do mercado e de autossuficiência, para Keynes, apenas fortaleceria os monopólios e distanciaria do mundo jurídico, a defesa dos direitos sociais, a busca pelo pleno emprego e a redistribuição da renda. Assim, após a Segunda Guerra Mundial, as ideias defendidas por Keynes foram adotadas por diversos países, tendo-se iniciado a chamada “idade de ouro do capitalismo”, na qual restou configurado um sistema híbrido, que combinava uma face empresarial e uma, social, o *welfare state* ou Estado do bem-estar social, que se estendeu até o início da década de 1970, quando foi abandonada, tanto pelos economistas, quanto pelos governos dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Keynes, portanto, na teoria keynesiana, defendia a participação ativa do Estado diante das instabilidades do ciclo econômico. Para combater a recessão ou a depressão, o aumento dos gastos públicos e/ou a redução de impostos, estimularia os gastos com consumo. Recomendava, ainda, uma política monetária expansionista, com queda de taxas de juros, na expectativa de que isso aumentasse os investimentos privados.

34 KEYNES, John Maynard. Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 44.

Neste diapasão, a CF de 1988, no que diz respeito a ordem econômica e financeira, foi construída sobre pilares capitalistas mas com grande influência das políticas pensadas por Keynes, caracterizando um Estado neoliberal de iniciativa dual, em que a participação estatal de forma direta na ordem econômica é subsidiária, mas exerce função primordial com relação as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, estabelecendo a lei as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174 da CF/88).³⁵

Assim, a ordem constitucional econômica brasileira se projeta como instrumento apto a concretizar os objetivos e fins consagrados na Constituição Federal de 1988, afinando-se a perspectiva keynesiana de cunho mais interventivo no domínio econômico como forma de plena realização e salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Outro ponto importante em que é possível observar o caráter dual da economia brasileira, pode ser visto quanto a intervenção direta do Estado no domínio econômico-financeiro, ou de atuação direta, como propõe Tácio Lacerda Gama³⁶, já que a expressão “intervir” soaria como ingerência, intromissão, algo que não deveria ocorrer.

Eros Grau³⁷, ao analisar as possibilidades de atuação direta e indireta do Estado na economia, sintetizou a questão que corporifica a dualidade de funcionamento da economia, integrando ao texto constitucional a participação subsidiária mas fundamental do Estado na ordem

35 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05/04/2023

36 “No texto o autor defende que a expressão “atuação” estatal no domínio econômico, em vez de “intervenção”, pois o sistema de direito positivo, definido como conjunto de normas jurídicas válidas, não intervém em outros domínios, seja ele econômico, moral, político ou religioso. Como ensina Paulo de Barros Carvalho: há necessariamente um intervalo entre a realidade social constituída pela linguagem natural e a realidade jurídica, constituída pela linguagem do direito. O conjunto das normas jurídicas tem a função de regular a conduta humana e não realizar qualquer forma de intervenção. Nas palavras de Marcelo Neves a vigência das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas nem mesmo por proposições científicas; ela depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico. Esse processo de filtragem é feito exclusivamente por normas jurídicas. Por isso não se confunde a realidade econômica com a realidade jurídica. Cada um desses sistemas atua de forma autônoma, isso, mais uma vez, afasta a possibilidade de uma intervenção do sistema jurídico no domínio econômico. Fixado o equívoco da expressão, cabe buscar um sentido que seja compatível com aquele que vem sendo largamente empregado pela doutrina e pelo direito positivo. Buscando aproveitar a expressão “intervenção no domínio econômico, o que surge é a necessidade de identificar as competências conferidas pela Constituição para que a União edite atos normativos relacionado ao sistema social econômico. Com isso, será possível compreender que prestações o Estado poderá exigir diante do exercício destas competências. Só então serão identificados os critérios para instituição das contribuições interventivas.” GAMA, Tácio Lacerda. Ordem Econômica e Tributação. In: Revista de Direito Tributário, n. 103, Malheiros Editores: 2005. p. 105/125.

37 GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147/148.

econômica para garantia de direitos fundamentais, ou na reprodução *ipsis litteris* do texto constitucional, para o resguardo da segurança nacional ou do interesse público:

No primeiro caso (intervenção direta), o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com as empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. (GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147/148).

Assim, como mencionado, o aparente conflito entre princípios jurídicos sempre foi objeto de discussões no meio acadêmico. Em se tratando da ordem econômica e financeira (título VII da CF/88), tanto o *caput* quanto os incisos do artigo 170 da Constituição Federal estipulam princípios que, a depender da ótica que se analisa, podem parecer conflitantes entre si, mas devem ser enxergados como complementares um ao outro, de modo a dar cumprimento a premissa social liberal adotada na constituinte de 1988.

Diz-se atuação direta aquela em que o Estado participa de forma ativa, em pé de igualdade com a iniciativa privada, sem benefícios não estendidos aos particulares. Eros Grau, como informado, adota a nomenclatura “ação participativa do Estado”, tal denominação visa diferenciar os diversos papéis que o Estado pode assumir perante determinada atividade econômica. Por exemplo, ao delimitar as regras para exploração de algum ramo empresarial, age o Estado como ente regulador da economia, promovendo incentivos e fiscalizando o cumprimento de normas. De outro lado, quando sob os ditames das normas constitucionais, opera como se empresário fosse, não atua como Estado propriamente dito, uma vez que necessário a criação de entidades específicas para o desempenho da atividade econômica.

Nesse ponto o §1º do artigo 173 da CF/88 enfatiza que a atuação estatal se dará mediante a criação de sociedades de economia mista ou empresas públicas, entidades de personalidade jurídica de direito privado. Assim, afasta-se a possibilidade de o Estado, sob a égide do regime jurídico de direito público, concorrer com particulares na prática de atividades mercantis. O que diferencia-se da hipótese em que o Estado executa serviços públicos de forma direta, sob regimes de concessão

ou permissão. Nesta situação há prestação de serviços públicos, ou seja, serviços destinados a satisfação de interesses coletivos, prestado em regime de direito público. Tal fato entretanto, não impede que uma estatal possa realizar a prestação de serviço público, desde que atue nas hipóteses previstas para exploração da atividade econômica em regime de monopólio (artigo 177 CF/88) ou, lhe seja outorgada a concessão ou permissão de determinado serviço público.

A exemplo do defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸, é o interesse público, nos casos da atuação direta do Estado na economia, o elemento dosador para que não haja ofensa ao princípio da livre iniciativa. Segundo o autor, o interesse público ou coletivo é resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem. Representa, pois, o sentimento coletivo sobre determinada coisa, muito embora possa não ter a convicção de cada um.

É, assim, o objeto maior dos chamados direitos de terceira dimensão, aqueles que, como mencionado, tem por objetivo a proteção do ser humano e seu bem-estar como prioridade para garantia da vida.

No presente campo de estudo, sobretudo no artigo 173 da CF/88, é tido como um vetor para autorização ou não da exploração direta do Estado na atividade econômica. Quer dizer que cabe a lei definir, em alguma determinada situação específica, se a criação de uma estatal para atuar em regime concorrencial, atende ou não a um relevante interesse coletivo. Assim, por exemplo, caso o Poder Público justificadamente indique que em certo campo da economia exista a real necessidade de se explorar a atividade diretamente, promoverá a edição de lei específica com as delimitações de atuação da estatal criada exclusivamente para o desempenho daquela função.

Por fim, ainda sobre a interpretação uníssona dos princípios e fundamentos da atividade econômica, mister a lição de Eros Grau³⁹ sobre a necessária interpretação conjunta e coerente para que não sobreponha nenhuma situação que possa levar ao sacrifício total de um ou de outro princípio:

“Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição. É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2010, P. 59.

39 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164/166.

imprimi à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos. Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios. Complexidade e gravidade da interpretação constitucional, no entanto, maiores se tornam em razão da circunstância de, além de os princípios serem tomados como critério dominante para ela – a interpretação –, comporem-se também como objeto da interpretação.” (GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164/166).

A par dos referidos ensinamentos, dada toda estrutura da Constituição em relação a atuação do Estado e a garantia dos direitos individuais, temos que a interpretação necessária dos princípios da ordem econômica, alinhados aos demais dispositivos constitucionais, especialmente os objetivos e fundamentos da República, e os direitos sociais e garantias fundamentais, o norte a ser seguido certamente será a dignidade da pessoa humana, pois é ela que dá alicerce para a defesa dos demais propósitos colocados no texto constitucional.

1.3 O Direito à moradia como reflexo da dignidade da pessoa humana

Como exposto até aqui, a importância da proteção jurídica dispensada aos direitos humanos fundamentais pelas ordens constitucionais proporcionam mecanismos para a real concretização da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, pois, o caráter instrumental integrador e hermenêutico do referido princípio na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico ⁴⁰.

A dignidade humana, como direito fundamental, atua no centro do discurso jurídico-constitucional, um verdadeiro DNA geneticamente unificado de forma indissociável aos valores de uma ordem jurídica verdadeiramente democrática.

Nesta seara, indubitável a necessidade de instrumentalizar o mínimo existencial, ou seja, listar aquelas condições mínimas para sobrevivência digna de qualquer pessoa. Os direitos sociais, neste aspecto, se prestam a dar efetividade as necessidades mais comuns do ser humano, a fim de

⁴⁰ Consoante já anunciado, dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”. Como bem o lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45

preservar sua existência com dignidade. Visam a igualdade material estabelecida por ações positivas do Estado.

José Afonso da Silva⁴¹ classifica-os como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

A Constituição Federal de 1988, como fruto desta unificação de liberdades individuais e determinações positivas do Estado para concretização da igualdade, dispõe no artigo 6º⁴² os direitos sociais básicos para consagração da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que o texto constitucional consagra uma gama de direitos que unidos proporcionam o mínimo existencial necessário a sobrevivência com uma certa dignidade, uma vez que os aspectos que atribuem uma vida digna são voláteis, ou seja, andam de acordo com o progresso da nação.

A exemplo, tem-se a internet⁴³ que desponta atualmente como candidata a figurar no rol de direitos e garantias fundamentais com o intuito de assegurar a todos o direito à inclusão digital e determinar que o poder público promova políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo território nacional.

De igual modo também já esteve em voga como Proposta de Emenda da Constituição o direito a felicidade⁴⁴, que visava incluir o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Proposta, porém já arquivada desde de 2014 sem aprovação, conforme informação do site do Senado Federal.

41 SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 288

42 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. acesso em 24/05/2023

43 Foi apresentada recentemente no Senado proposta (PEC/47/2021) que coloca a inclusão digital entre os direitos fundamentais previstos pela Constituição de 1988. De autoria da senadora Simone Tebet (MDB-MS), a PEC ainda não tem relator. A proposta inclui dispositivo no art. 5º da Constituição, assegurando a todos o direito à inclusão digital e determinando que o poder público promova políticas “que visem ampliar o acesso à internet em todo território nacional”. “Em um mundo cada vez mais conectado, o exercício da cidadania e a concretização de direitos sociais como educação, saúde e trabalho dependem da inclusão digital. O acesso à internet, embora essencial, é apenas um dos instrumentos para a inclusão digital. É certo que o acesso à internet viabiliza a comunicação entre as pessoas, a obtenção de informação e a utilização de serviços de interesse público. Mas estar incluído digitalmente significa possuir capacidade de análise dos conteúdos disponíveis na rede para a formação da própria opinião, de maneira crítica, o que é essencial para o exercício da cidadania”, argumenta Simone Tebet na justificativa da PEC. Fonte: Agência Senado (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/01/12/proposta-torna-inclusao-digital-direito-fundamental>) acesso em 24/05/2023

44 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622> acesso em 24/05/2023

Portanto, embora possam existir necessidades consideradas mais vitais que outras, como por exemplo a alimentação em detrimento do direito ao lazer, adotamos posicionamento de que, em se tratando de direitos sociais, a concretização da dignidade da pessoa humana somente poderá ser alcançada com a efetivação conjunta dos direitos sociais.

Não se pode tolerar a exclusão de um direito por outro, sob pena de desconstruir a dignidade protegida pelo Estado. Mesmo em situações extremas ou excepcionais, tais como a vigência de estados de exceção, a garantia dos citados direitos deve ser estabelecida sob pena de violação de garantias fundamentais para vida humana, não havendo se falar em regressividade de direitos sociais porquanto representaria atraso para a concretude das condições para existência digna, o que não é tolerável.

Neste aspecto, o direito social que representa o núcleo do presente trabalho, se coloca como direito vital a, literalmente abrigar a dignidade da pessoa humana.

A moradia remonta a 10 mil anos A.C, período de transição do nomadismo ao sedentarismo, onde o trabalho agrícola passou a ganhar grande relevância, fazendo com que as pessoas cultivassem a terra e estabelecem sua moradia fixa nas áreas em que cultivavam, passando a exercer a moradia e trabalho conjuntamente no mesmo espaço. Cuida-se de um dos mais antigos direitos fundamentais que empresta substrato físico à maioria dos direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição Federal, vez que constitui a base material a partir da qual, vários outros direitos fundamentais podem ser exigidos pelo cidadão.

A Organização das Nações Unidas, no já citado artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Humanos⁴⁵ consignou expressamente o direito a habitação no rol de direitos mínimos garantidores do bem-estar e saúde dos seres humanos. A exemplo, a Constituição Federal de 1988 que também resguardou tal direito na lista dos direitos sociais.⁴⁶

Importante destacar que o direito a habitação ou moradia normativamente garantido, não se trata apenas de um mero teto a fim de abrigar as pessoas, mas sim de um leque de necessidades a serem atendidas para que se consiga o estabelecimento do direito à moradia a contento, ou seja, de forma a realizar a dignidade da pessoa humana. Assim, deve proporcionar que toda pessoa tenha acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e saúde física e mental.

A definição, como dito, foi realizada durante o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em 1948 onde o termo moradia não significaria apenas quatro paredes com um teto. Por moradia se entende um local salubre, com condições mínimas à sobrevivência e devendo

45 <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso em 11/06/2023

46 ROZAS, Luiza Barros. Direito à Moradia: Âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional. 2016. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. p. 18.

incluir segurança da posse: todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas; disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos: a moradia deve ser conectada às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; em suas proximidades deve haver escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer e devem estar disponíveis serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, entre outros; custo acessível: o custo para a aquisição ou aluguel da moradia deve ser acessível, de modo que não comprometa o orçamento familiar e permita também o atendimento de outros direitos humanos, como o direito à alimentação, ao lazer, etc; habitabilidade: a moradia adequada tem que apresentar boas condições de proteção contra frio, calor, chuva, vento, umidade e, também, contra ameaças de incêndio, desmoronamento, inundação e qualquer outro fator que ponha em risco a saúde e a vida das pessoas. Espaços adequados para lavar roupas, armazenar e cozinhar alimentos também são importantes. Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis: a moradia adequada deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, vítimas de desastres naturais etc.

De mais a mais, para realizar o direito à moradia adequada é fundamental que o direito a não discriminação seja garantido e respeitado e tenha ainda localização adequada: para ser adequada, a moradia deve estar em local que ofereça oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social. Ou seja, nas proximidades do local da moradia deve haver oferta de empregos e fontes de renda, meios de sobrevivência, rede de transporte público, supermercados, farmácias, correios, e outras fontes de abastecimento básicas. Por fim, deve haver ainda adequação cultural: a forma de construir a moradia e os materiais utilizados na construção devem expressar tanto a identidade quanto a diversidade cultural dos moradores e moradoras.

Todos estes pontos conjuntamente interligados exprimem o conceito do direito à moradia adequada, conceito este que vai além da simples características físicas do imóvel, abrangendo-se ainda o caráter personalíssimo do direito à moradia.

Segundo Silvio Beltramelli Neto⁴⁷ a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos da personalidade pode, em um primeiro momento, causar certo desconto, na medida que se acostumou a associar a moradia a algo exterior ao ser humano (uma edificação, um teto) representação que escapa à difundida visualização dos direitos da personalidade como algo imaterial manifestado na intimidade de cada indivíduo,

47 BELTRAMELLI NETO, Silvio. Amplitude das obrigações do empregador frente o direito à moradia do trabalhador migrante. 2013. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. p. 86

A corroborar, apontando o sentido imaterial do direito à moradia Luiza Barros Rosa⁴⁸ em sua tese de doutorado, acentua a ideia de que, por ser direito da personalidade e, portanto imaterial, o direito à moradia confere a seu titular, independentemente de sua capacidade financeira, a prerrogativa de gozo de todas as condições fáticas que aparelham o local de sua morada, com o intuito de manter a salvo qualquer mácula de sua vida, integridade física e privacidade.

Portanto, inarredável que o conceito de moradia deve abrigar tanto o fator físico quanto o imaterial. O primeiro se traduzindo no caráter habitável, sadio e acessível do local, e o segundo concebendo o direito a paz, tranquilidade e sossego que devem abrigar a morada. Há então um papel dúplice de direito fundamental à moradia, cuja proteção reverte-se a propriedade imaterial pessoal do cidadão e a garantia física, habitavelmente adequada.

O Estado, neste contexto, aparece como entidade que deve, mediante ações positivas, assegurar que as pessoas tenham amplo acesso ao direito adequado de moradia, seja por meio de políticas públicas habitacionais, seja por edição de leis que regulamentem o alcance do citado direito.

Na história recente do Brasil o principal programa social voltado a implementação de políticas públicas habitacionais, portanto visando a concretude do direito à moradia, foi o “Programa Minha Casa Minha Vida”, instituído na primeira gestão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2009.

O referido programa, previsto da Lei nº 11.977/09⁴⁹ tem por objetivo promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais, ou a requalificação de imóveis urbanos para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00. Trata-se de uma iniciativa do Governo Federal, em âmbito nacional, que objetiva viabilizar a produção e compra de 1 milhão de unidades habitacionais para a população com renda de até 10 salários mínimos. Regulamentado pelo Decreto nº 7.499/11⁵⁰, o programa dispõe que os critérios de propriedade para atendimento aos beneficiários da política devem levar em conta a doação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de medidas de desoneração tributária para as construções destinadas à habitação de interesse social, valendo destacar que este ponto interessa especificamente para a implementação pelos Municípios dos

48 “Extraí-se uma unidade significativa no que tange ao conteúdo, essencialmente alicerçada na noção de adequação da morada, da análise tópica dos enunciados normativos centrais que tratam expressamente do direito à moradia sob a perspectiva dos direitos humanos (plano internacional) e dos direitos fundamentais (plano constitucional interno) aliada a consideração desse direito como direito da personalidade. Desta forma, apesar das diferentes terminologias encontradas nos enunciados normativos e em suas interpretações (moradia, habitação, residência, etc) a nota comum que dá unidade ao tratamento jurídico da moradia como requisito de sobrevivência do homem é exatamente a concepção de moradia adequada.” ROZAS, Luiza Barros. Direito à Moradia: Âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional. 2016. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. p. 21.

49 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm acesso em 11/06/2023

50 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7499.htm#art30 acesso em 11/06/2023

instrumentos do Estatuto das Cidades voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade.

O programa é considerado uma grande estratégia governamental de fomento à habitação de interesse social e também de aceleração da economia no setor da construção civil, visando reduzir problemas habitacionais presentes na vida dos brasileiros desde sempre, facilitando a aquisição do imóvel com concessão de subsídios e utilização do FGTS.

Além da função social relevantíssima instituída pelo citado programa habitacional, outro fator foi inaugurado com as medidas adotadas no “minha casa minha vida”: a divisão de responsabilidades entre o Poder Público e a iniciativa privada, mormente instituições e agentes financeiros, passando o acesso à moradia se dar majoritariamente por acesso oneroso, mediante financiamentos bancários de longo prazo.

Para os fins a que se destina o presente trabalho, a abordagem quanto a este direito social à moradia possui grande relevância no que se refere ao modo como as pessoas adquirem sua casa, visto que quase 70% dos imóveis vendidos no Brasil são pagos mediante financiamento bancário, por meio do qual o adquirente/mutuário oferece o próprio bem como garantia do pagamento do contrato.

Referido sistema de aquisição de imóveis se popularizou no Brasil muito pela criação em 1964, ainda sob governos militares, do Banco Nacional de Habitação (BNH), criado inicialmente como uma autarquia federal⁵¹ e posteriormente transformado em empresa pública federal⁵², o BNH tinha por objetivo fomentar as aquisições de moradias próprias por meio do sistema financeira de habitação incentivando a construção civil e o desenvolvimento do país. Muito embora tenha tido grande relevância durante as décadas de 1960 a 1980, a forma como o BNH operou é alvo de críticas por especialista em direito habitacionais, visto que o programa do banco se dedicou quase de forma exclusiva a atender os anseios da classe média com apartamentos em grandes conjuntos habitacionais, denominados de COHAB, mas não adentrou a camada mais grossa da população, ou seja, as classes C e D, que continuaram a popular e aumentar exponencialmente as favelas e sua quantidade de moradias irregulares.⁵³

Os governos militares pós 1964 se defrontaram com um Brasil com uma política habitacional caótica e desordenada, representada pela proliferação de loteamentos irregulares baseados na autoconstrução e ausência de melhorias urbanas. O regime ditatorial militar, assim, impôs uma nova ordem autoritária e centralizadora, com grande repressão aos movimentos sociais

51 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4380.htm acesso em 17/06/2023

52 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5762.htm acesso em 17/06/2023

53 BONDUKI, Nabil. Origens da Habitação Social no Brasil: o caso de São Paulo. Tese. (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1994. p.65

que criticavam essa tendência de impulsionamento do planejamento urbano voltado, quase de forma exclusiva, às classes de maior renda, investindo na aceleração da reprodução do capital.

Também nesta mesma época houve a criação do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS),⁵⁴ voltado à proteção do trabalhador demitido sem justa causa. Os recursos que compunham o fundo eram e continuam sendo, descontados diretamente da remuneração dos trabalhadores assalariados e constitui a principal fonte de recursos para infraestrutura urbana e habitacional da história brasileira, vinculando-se uma política originalmente trabalhista a um projeto de política pública habitacional e de moradia coletiva.

Portanto, a evolução do direito à moradia digna no Brasil têm passado por constantes modificações e influxos, muito pela volatilidade do assunto que reflete a cultura da sociedade em determinado momento histórico.

Este tema foi objeto de estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)⁵⁵, que faz um balanço histórico desde a promulgação da Constituição de 1988 em diversas áreas, frente ao perfil político das constituições anteriores, orientadas preponderantemente por valores liberais (1891), corporativistas (1934), desenvolvimentistas (1946) ou autoritárias (1937 e 1967) acerca das funções do Estado, a Constituição de 1988 é considerada por muitos como a "Constituição cidadã", devido aos avanços significativos no que se refere aos direitos sociais.

Desde a Constituição de 1988, com a ampla proteção de direitos fundamentais assegurados, a moradia passou a representar bem mais que o direito a uma casa, mas sim um substrato físico de a maioria dos demais direitos fundamentais. É por excelência um direito social e fundamental na medida que deve ser assegurado pelo Estado e protegido contra violações, turbações que possam ofender direitos da personalidade, dada a sua característica imaterial.

O apoio do Estado para que o cidadão consiga obter o direito à moradia e mantê-lo, se traduz em uma política pública de especial importância, pois é o abrigo de outros importantes direitos tais como saúde, integridade física e mental. A casa é asilo inviolável do indivíduo⁵⁶ e a moradia, como direito social por excelência e como dimensão dos direitos fundamentais do homem, deve ser proporcionada pelo Estado, enunciada em ordens constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos visando a realização e igualização de situações sociais desiguais.

54 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15107.htm acesso em 17/06/2023

55 https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=1237:catid=28 acesso em 23/06/2023

56 Art. 5º, inciso XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial - https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm acesso em 18/06/2023

Segundo José Afonso da Silva,⁵⁷ os direitos sociais, aí incluído o direito à moradia, estabelece condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. Impossível se conceber uma igualdade material sem que haja o mínimo de direitos para que o indivíduo possa alcançar novos patamares e avançar degraus da escala social.

A moradia, por representar muito mais que o direito a um teto, deve ser preservada ante situações inevitáveis que possam afetar outros direitos fundamentais. Ao passar por problemas incertos e não programáveis, como, por exemplo, doenças e desastres naturais, é primordial que para o enfrentamento de tais adversidades a pessoa tenha a moradia assegurada. Daí a relevância de existirem políticas públicas permanentes de incentivo a conquista da moradia, sobretudo para a população mais carente a qual muitas vezes, ante o enfrentamento de crises diversas, ficam ao relento, abrigando-se nas ruas, visto não terem o apoio necessário da entidade estatal para assegurar que passe por instabilidades variadas mas com sua moradia garantida.

É o caso, por exemplo, de pessoas que para proteção de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a alimentação, abrem mão de sua moradia na medida em que não poderiam arcar com os custos do pagamento de aluguel ou prestação de financiamento. Neste caso, defendemos que o Estado, inclusive por meio do Poder Judiciário, atue para assegurar a dignidade daqueles que, por questões graves, mas com período transitório, estejam passando por dificuldades de cunho gravíssimo, como problemas de saúde.

Isso porque o direito à moradia por caracterizar uma das necessidades básicas do ser humano, proporciona dentre outras questões, que o indivíduo desenvolva suas capacidades e até mesmo se integre ou reintegre socialmente após o interregno de determinadas situações de crises.

Silvio Beltramelli Neto⁵⁸ assevera ser irremediável aquiescer em que, no âmbito da Constituição Federal, possam ser de diferentes matrizes os resultados, tanto no plano legislativo tanto no plano jurisdicional, de decisões voltadas à solução de conflitos por meio da aplicação de normas jurídicas de direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza (direitos civis, direitos políticos ou direitos sociais), mas não cabe cogitar a suposta falta de aptidão, ainda em tese, das normas jurídicas sobre direitos sociais para ensejar o surgimento de direitos subjetivos.

Ao aplicar uma norma assegurando-se um direito fundamental, o Estado acaba por assegurar, por tabela, diversos outros direitos que se prestarão a sustentar aquela suscetibilidade

57 SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. 38º ed. São Paulo: Malheiros. p.86

58 BELTRAMELLI NETO, Silvio. Amplitude das obrigações do empregador frente o direito à moradia do trabalhador migrante. 2013. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. p.104

aparente. Um direito protegido passa a escorar outro que possa sofrer ofensa, vislumbrando-se uma relação de equilíbrio para que a dignidade possa sobressair-se.

A moradia, nesta situação, age como abrigo ou local onde os demais direitos fundamentais poderão ser conquistados ou reestabelecidos ante a ocorrência de instabilidades ocasionais. É em seu lar que o cidadão encontrará a paz necessária para enfrentar problemas do cotidiano. Como exigir que uma pessoa conquiste um emprego, se cure de uma doença, se eduque ou se alimente adequadamente, sem que para isso tenha uma habitação digna? É salutar que a base para o início do enfrentamento encontre amparo no direito à moradia, pois ela abriga a estrutura material e imaterial que devolverá a dignidade aquele que a tenha perdido.

A inclusão do direito à moradia entre os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 obriga o Estado brasileiro a um papel socialmente ativo, implementando políticas públicas para conferir efetividade a esse direito. O texto constitucional reconhece explicitamente esse dever do Estado ao estabelecer que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.⁵⁹

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 26/2000, que fez constar expressamente no rol do art. 6º, o direito à moradia como um direito social, consagrou a moradia como um autêntico direito de segunda dimensão, induzindo ações positivas do Estado que passou a ter o dever de garantir o direito à moradia, em nível de vida adequado com a condição humana, respeitando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Tal fundamento, calcou-se dentre outras justificativas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶⁰, em seu artigo XXV que garante que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Após a edição do documento, o direito à moradia passou a ser expressamente reconhecido por vários tratados e documentos internacionais, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996) e a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976).

Portanto, a inclusão do direito à moradia na Constituição representou um grande avanço para conquista deste direito existencial, sobretudo para as camadas mais pobres da população que

59 Art. 23, inciso IX CF/88 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico - https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 23/06/2023

60 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso em 11/06/2023. acesso em 03/10/2023.

necessitam cada vez mais de políticas públicas voltadas a subsidiar que as pessoas tenham acesso à moradia digna, principalmente por meio da aquisição da casa própria.

Importante regramento interno voltado a instrumentalização do direito à moradia, foi o chamado, Estatuto das Cidades⁶¹ (Lei Federal nº 10.257/2001), legislação que estabeleceu diretrizes para o ordenamento territorial e urbanístico, calcado no princípio da função social e ambiental da propriedade e na garantia do Direito a Cidades Sustentáveis.

Consoante os artigos 5º a 8º da citada lei, se a propriedade imóvel urbana não exercer a sua função social, se não for edificada ou inutilizada ou subutilizada, será penalizada com a obrigação de ser parcelada, com a aplicação de IPTU progressivo e será desapropriada, mediante pagamento de títulos da dívida pública. Logo, nota-se que a sanção pelo descumprimento da função social da propriedade urbana será aplicada ao imóvel. Nesse sentido, o Estatuto das Cidades amplia o conceito de direito à moradia expresso na Constituição de 1988 para direito à cidade, tratando também como direitos as demais políticas setoriais urbanas como saneamento e transporte urbano.

A Lei nº 13.465/2017⁶², que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, além de instituir mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, também mostra-se como um instrumento importante na promoção do direito a moradia, visto que regula o procedimento para incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes. Neste âmbito, o REURB acaba por viabilizar a regularização fundiária de áreas destinadas a prover o direito à moradia e condições de vida adequadas aos beneficiários.

No amplo leque de instrumentos para garantir o direito à moradia, destaca-se ainda a Resolução número 31, de 2005, do Conselho das Cidades⁶³, que propõe o estabelecimento de um processo de discussão entre os órgãos do Poder Judiciário, instituições como o Ministério Público e

61 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm acesso em 23/06/2023

62 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm acesso em 03/10/2023

63 O Conselho das Cidades no uso de suas atribuições estabelecidas pelo Decreto nº 5031, de 2 de Abril de 2004, por encaminhamento do Comitê Técnico de Habitação, e considerando: a) que o Direito à Moradia é reconhecido nos termos do artigo 6º da Constituição Federal como um dos direitos fundamentais da pessoa humana; b) que o princípio constitucional da função social da propriedade deve ser aplicado para a solução dos conflitos sociais; c) as situações de violência geradas pelas recentes ações de reintegração de posse e despejos coletivos; d) a necessidade de se estabelecer uma nova cultura no tratamento dos conflitos desta natureza; e) a importância de ações preventivas para evitar o uso de força nos deslocamentos e despejos; f) os encaminhamentos já realizados pelo Ministério das Cidades e Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, RESOLVE: Art. 1º Propor um processo de discussão entre os órgãos do Poder Judiciário e instituições essenciais à Justiça e o Conselho das Cidades no que tange a atuação do Judiciário em conflitos relativos aos deslocamentos e despejos de grande impacto social. Art. 2º Criar um grupo no âmbito do Comitê Técnico de Habitação, com a participação de representantes do Comitê de Planejamento Territorial Urbano com a finalidade de mapear os conflitos relativos a deslocamentos e despejos no país e identificar as tipologias do problema sugerindo soluções estruturais.

o Conselho das Cidades para tratar da atuação do Judiciário em conflitos relativos aos deslocamentos e despejos forçados de grande impacto social. Outro instrumento para garantir a segurança da posse e a qualidade dos assentamentos informais está presente na Lei nº 9.785/99,⁶⁴ que prevê a possibilidade de o poder público assumir a regularização fundiária de loteamentos irregulares e clandestinos, conforme procedimentos previstos na Lei nº 6.766/79, conhecida como Lei de Parcelamento de Solo Urbano.

Outra salvaguarda é o princípio da não discriminação entre os gêneros, no que se refere à segurança da posse, contemplado no artigo 183, parágrafo 1º⁶⁵ da Constituição e no artigo 1º, parágrafo único, da Medida Provisória 2.220, de 2001, que estabelecem que o título de domínio, a concessão de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia serão conferidas, de forma gratuita, ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Assim, a realização do direito à moradia, como mencionado, passa inevitavelmente pelas mãos do Poder Público na medida em que as políticas públicas habitacionais devem ser permanentes e facilitar a conquista da moradia, seja para aquisição da casa própria, seja por meio de incentivos para o custeio de alugueis para pessoas mais pobres, solução esta que pode ser adotada visando a urbanização de lotes e o incentivo para que os trabalhadores possam morar mais próximo aos locais de trabalho, diminuindo substancialmente as inúmeras dificuldades encontradas para o deslocamento. Assim, a moradia de aluguel assume importância principalmente para os mais jovens que buscam o primeiro emprego em um mercado de trabalho cada vez mais volátil e com elevado grau de informalidade. É importante que para o desenvolvimento profissional os jovens possam contar com um local apropriado para habitarem, muitas vezes têm de se mudar para outras cidades ou outras localidades dentro dos grandes centros urbanos, situação que merece olhar social do Poder Público que deve promover o direito à moradia com fins de subsidiar o impulsionamento da força de trabalho e intelectual dos jovens brasileiros.

Uma política habitacional bem-sucedida deve ser diversificada, com a oferta de diferentes soluções, capazes de satisfazer às diferentes necessidades das famílias brasileiras. Existem várias possibilidades para garantir moradia digna: reurbanização ou urbanização de locais apropriados e com infraestrutura; estruturação das favelas trazendo maior comodidade para que os moradores destas áreas tenham amplo acesso aos serviços públicos básicos próximos do local onde moram.

64 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19785.htm – acesso em 23/06/2023

65 Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm acesso em 23/06/2023

O próprio Estatuto das Cidades⁶⁶ possui instrumentos aptos a serem utilizados para além dos objetivos regulatórios e de indução do desenvolvimento urbano, como é o caso da Outorga Onerosa do Direito de Construir, que, com sua característica arrecadatória, pode ser potencialmente usada para redistribuir os recursos entre os diferentes perfis de demanda. Parte da arrecadação proveniente da aplicação desse instrumento pode ser empregada em empreendimentos de interesse social, inclusive com a construção de outras moradias para população de baixa renda.

Também pode-se inferir que o incentivo ao direito à moradia digna se mostra eficaz quando o Estado, atua diretamente no mercado para disponibilizar, principalmente às famílias de baixa renda, recursos para financiarem o próprio imóvel.

O Poder Público por meio dos bancos públicos exercem função primordial na garantia do direito à moradia, haja vista que as pessoas não conseguem por si próprias angariar os recursos necessários para a aquisição da casa própria. Em verdade a razão de existência dessas entidades, passa justamente pelo interesse público, no caso consubstanciado no desenvolvimento social com a implementação de habitações destinadas a realização do direito à moradia.

Veja-se que o art. 173⁶⁷ da Constituição Federal estabelece a regra de atuação do Estado na economia tendo por base a relevância do interesse coletivo, sendo o direito à moradia previsto no artigo 6º como direito social e corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Desta feita, nada mais justo que o Estado atue diretamente no setor financeiro, por meio de bancos públicos, para fomentar a realização do direito à moradia por meio de financiamento de imóveis.

Defendemos que o processo de instituição do crédito não decorre apenas da ação dos financistas autônomos, mas que o Estado deve atuar, pela sua “mão visível”⁶⁸, participando do

66 Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. § 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno. § 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana. § 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm acesso em 23/06/2023

67 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 23/06/2023

68 “A aversão ao risco e a preferência pela liquidez – esta permite aos detentores de recursos financeiros a possibilidade de adiar sua decisão de investimento, especialmente diante de ativos presumidamente muito arriscados, como são os projetos essenciais ao desenvolvimento econômico (de infraestrutura, de inovações produtivas ou de alto retorno social, como a habitação, por exemplo) – tornam problemático e complexo o financiamento de investimentos de longo prazo. Os bancos privados são mais sensíveis a esses problemas e, portanto, mais avessos a financiamentos de longo prazo, notadamente quando não conseguem casar o perfil dos prazos de retorno dos projetos que elegem financiar com os prazos de vencimento de suas obrigações.” JAYME,

sistema, notadamente para destinar uma parte desse crédito aos menos favorecidos. Utópico se imaginar a regulação normal do mercado financeiro pela mera concorrência entre as instituições, ainda quando se fala em questões de cunho social, como a habitação.

Os bancos estatais podem e devem instituir em seus contratos de financiamento de moradias, instrumentos que reduzam a possibilidade de regredir o indivíduo ao importante passo conquistado com a compra da casa própria. O próprio Estado seja pelo banco financiador seja pelo afastamento temporário dos encargos contratuais pelo Judiciário, deve atuar para a concretização da dignidade traduzida no direito à moradia, que como visto, vai muito além de um teto e quatro paredes.

Não se pode perder de vista que o lucro (indicador de eficiência) não deve ser o único ponto de valoração para a atuação do Estado na esfera estritamente econômica, mas sim objetivos mais amplos – em especial, a concretização de princípios constitucionais, como: a) a redução das desigualdades sociais e regionais; b) a erradicação da pobreza; c) a promoção do bem-estar social; d) a garantia do desenvolvimento nacional; e) a defesa do consumidor; f) a livre concorrência; g) a promoção da eficiência econômica, entre outras questões oportunas.

A instituição bancária pública cabe instrumentalizar, por meio de contratos de fácil acesso, aproximando do cidadão os direitos sociais, visto que sua concretização e efetividade pressupõe a adoção de um conjunto de ordem político-administrativa, criando-se um modelo institucional responsável por operacionalizar as políticas públicas tornando efetivo o direito.

Assim, a ação estatal, especialmente pelos bancos públicos é imprescindível.

Como visto, são diversas as formas de promoção da moradia digna. Aqui, especificamente, reiteramos que a casa própria, ou seja, aquela adquirida pelo indivíduo para realização do direito à moradia, merece proteção e incentivo estatal para sua obtenção.

O contrato de financiamento habitacional por ser na maioria das vezes a dívida familiar de uma vida inteira, visto que são firmados para pagamento em 20, 30 ou 35 anos, deve ser enxergado não só pelo lado econômico, mas também social.

É comum que ao longo da vigência contratual surjam inúmeras situações imprevisíveis que possam tornar o pagamento das parcelas impossível. Em algumas destas situações, como por exemplo, em questões delicadas de saúde, defendemos que o direito à moradia sirva de proteção para o enfrentamento da excepcionalidade. Como? Afastando-se temporariamente os efeitos do inadimplemento da forma como discorreremos nos capítulos vindouros deste trabalho.

Frederico G. Jr; CROCCO, Marco. Bancos públicos e desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2010. p.12.

2. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL E SEUS PRINCIPAIS REGRAMENTOS

A moradia digna concretiza a dignidade humana e deve ser realizada pelo Estado em todas as suas vertentes, seja com ações afirmativas, seja por meio de regulamentação ou garantindo no caso concreto a plenitude do viés humanitário nas relações travadas entre particulares.

A onerosidade excessiva das obrigações contratadas podem de uma forma ou de outra levar ao desequilíbrio da relação estabelecida inicialmente, e é necessário que existam mecanismos destinados ao controle ou tolerância às possíveis adversidade que poderá a parte mais vulnerável enfrentar ao longo da jornada contratual de um financiamento imobiliário.

Nestas hipóteses de acontecimentos infortúnios e revezes, o mutuário, contratante do crédito habitacional se vê impotente e desacolhido, tendo por vezes que deixar de adimplir suas obrigações contratuais para que possa concentrar suas atenções financeiras à questões que não podem esperar, como por exemplo a saúde.

Considerando que o cunho econômico do contrato deve se entrelaçar a sua função social, ao ser constatada uma situação excepcional de caráter urgente, é salutar que a dignidade da pessoa humana seja preservada em detrimento da continuidade do correto adimplemento do contrato.

Não se trata de um perdão sobre não pagamentos, mas sim uma suspensão temporária dos encargos para que os efeitos do inadimplemento não atinjam o escopo maior da contratação, traduzido na possibilidade de se resguardar a moradia digna durante o período da convalescença de uma moléstia.

É com este enfoque que neste capítulo serão tratadas algumas das características presentes nos instrumentos utilizados para a celebração do negócio jurídico destinado a aquisição de casa própria.

Seu objeto, prazos, encargos e outras particularidades que levam milhões de brasileiros a se valerem do mútuo habitacional para conquistar a propriedade de um imóvel.

A assinatura do instrumento de contrato celebra não só a formalização da relação jurídica estabelecida entre as partes, mas também representa o estabelecimento ou reestabelecimento da paz e tranquilidade que uma moradia digna pode proporcionar. Por isso, o citado contrato deve conter em suas cláusulas, ferramentas para que o seu propósito seja alcançado por ambas as partes, proporcionando o lucro ao mutuante e a dignidade ao mutuário, preservando-se, desta forma, a sua real função social.

2.1 Função social do contrato

O instrumento contratual que estabelece as relações jurídicas entre as pessoas e as instituições financeiras no âmbito das políticas habitacionais, possui especial relevância para concretização da dignidade da pessoa humana. É por meio do contrato de financiamento ou mútuo habitacional, que a grande maioria dos brasileiros realiza a compra da tão sonhada casa própria.

Para abordar os termos da referida modalidade contratual, necessário referenciar aspectos importantes da teoria geral dos contratos com ênfase na sua função social, característica que atualmente é consagrada no Código Civil⁶⁹ como condicionante ou limitadora da liberdade contratual.

Com vínculo umbilical aos direitos de terceira dimensão que representam a solidariedade, prestigiadora dos direitos da coletividade, a função social dos contratos tem como objetivo a proteção de interesses públicos e metaindividuais presentes na relação privada estabelecida entre as partes contratantes. É a garantia de que a autonomia privada não violará nenhum direito fundamental da parte hipossuficiente, agindo, portanto, como limitador ao interesse individual.

A I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabeleceu o enunciado nº 23⁷⁰ dando contornos ao propósito da função social nos contratos particulares:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Da análise do referido enunciado, conclui-se que a autonomia da vontade, essencial para o exercício da liberdade contratual, não pode afetar valores maiores na sociedade, principalmente questões afetas a direitos existenciais, como por exemplo, a moradia. Deve sim atuar como mecanismo de flexibilização da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, inserindo na relação contratual consistente no valor da pessoa humana como elemento central do Código Civil. De igual modo, dever integrar o contrato e atuar como elemento exterior a ele, condicionando a autonomia privada aos interesses e valores sociais.⁷¹

69 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 08/07/2023

70 <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669> acesso em 09/07/2023

71 PEREIRA, Rodrigo Serra. Contratos existenciais: pressupostos e consequências. 2022. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 253

A intenção do legislador ao assegurar aos contratos a observância do seu papel social possui especial característica quando o objeto da relação jurídica é tido como um contrato de objeto existencial, ligado aos direitos sociais e fundamentais para sobrevivência do indivíduo.

Clovis do Couto e Silva⁷² trata os atos existenciais como absolutamente necessários à vida humana, de modo que referem-se as necessidades básicas do indivíduo tais como alimentação, vestuário e moradia. Por esta perspectiva, o autor assevera que os contratos celebrados sem a participação da vontade individual (contratos de massa e de adesão), tendo como objeto prestações existenciais, nos quais o que ficaria de suporte fático, entrando no mundo jurídico seria o fato, e não a vontade.

Verena Nigard Becker⁷³ esclarece que os contratos existenciais, tendo como finalidade satisfazer necessidades vitais da vida humana, são atos cuja a prática se impõe a todos os indivíduos. Trata-se, naturalmente, de um conceito essencialmente variável no tempo e no espaço, pois o que se considera necessidade vital varia de uma sociedade a outra, dependendo do tipo de cultura e do grau de evolução de um povo. Tais atos, tem a característica comum de todos visarem atender as necessidades básicas do indivíduo tais como vestuário, alimentação, água, energia elétrica, transporte etc. Ademais formam um parcela significativa do chamado “tráfego em massa” que vem crescendo de importância devido, principalmente, ao aumento das populações, ao avanço tecnológico dos nossos dias e a consequente elevação do nível de vida. O tráfico em massa caracteriza-se pela tipificação e estandardização das relações jurídicas que o constituem. Esta tipificação muitas vezes legal: outras vezes resulta simplesmente da prática constante e idêntica dos mesmos atos por todos ou pela maior parte dos indivíduos integrantes da coletividade e em consequência adquire uma cogência, integrando o uso e costume do tráfico, que passam a reger a conduta dos indivíduos.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁷⁴ apresentam a classificação funcional dos contratos de acordo com o seu objeto e citam que os contratos existenciais se qualificam pelo paradigma da essencialidade dos bens e sua oposição aos contratos de lucro, que não tem por finalidade a limitação voluntária de algum direito essencial à existência do ser humano.

Teresa Negreiros⁷⁵ propõe o paradigma da essencialidade dos bens a qualificar os contratos, tomando como critério a sua utilidade existencial para além das finalidades descritivas. O

72 SILVA, Clovis do Couto. A categoria jurídica dos atos existenciais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 1973. P. 15

73 BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 1973. P. 53

74 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: contratos, teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Salvador. Juspodvim. 2021. P. 438/487.

75 NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2002 P. 517

paradigma da essencialidade desempenha importantes funções prescritivas ou normativas, de modo que quando o contrato tem como objeto bens essenciais, o regime intervencionista deve ser mais intenso, inclusive quando se trate de relações de consumo, devendo ser contraposta as relações de consumo de bens essenciais aquelas de bens supérfluos.

Para os fins do presente trabalho, entendemos que dada a natureza essencial dispensada ao direito à moradia e o objeto dos contratos que viabilizam a sua realização, deve ser enxergada que a relação jurídica destes contratos é considerada existencial, pois proporciona a concretização da dignidade da pessoa humana pela moradia. E a tomada de empréstimo em dinheiro para compra do bem, normalmente definida para pagamentos em longos anos, merece destaque visto que a essencialidade não se opera apenas na celebração da avença, mas ao longo de toda sua vigência.

A volatilidade das relações jurídicas ao longo dos anos deve ser observada no próprio contrato ou, quando provocado, o Poder Judiciário, reconhecendo-se aquela determinada situação não prevista como possível ofensora a um direito fundamental. Desta forma, opera-se o caráter social do contrato que, mesmo passando-se por um período de inadimplemento pela parte contratante, poderá concretizar seu objeto.

A função social do contrato inegavelmente visa o atendimento dos interesses da pessoa humana, protegendo sua dignidade, seja na dimensão individual ou coletiva. A aplicação de princípios de ordem pública, ampara o juiz, a luz de cada caso concreto, a utilizar de técnicas hermenêuticas e identificar a cláusula geral dos contratos afastando os efeitos que possam atingir direitos metaindividuais.⁷⁶

Na função social do contrato, ambos os contraentes devem perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato.

A esse respeito, importantíssima a lição de Gustavo Tepedino⁷⁷ acerca das balizas que este princípio civil constitucional deve seguir:

76 [...] o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. Aduz o mencionado jurista que, sendo “normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir ex officio.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

77 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. Temas de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 399.

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III), e da solidariedade social (art. 3º, III) – objetivos da República – impõe as partes o dever perseguir, ao lado de seus interesses individuais, os interesses extracatuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. Temas de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 399).

Não restam dúvidas que esta nova forma de visualização da teoria geral dos contratos, fincada nos princípios constitucionais que visam a proteção da dignidade da pessoa humana, têm ganhado cada vez mais força em relação à autonomia da vontade. Não se trata de eliminar a possibilidade de as partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, mas sim em prestigiar de igual modo, ou até de forma maior, o Estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito da pessoa e de sua dignidade.

Aline de Miranda Valverde Terra e Helen Cristina Leite de Lima Orleans⁷⁸ obtemperam ao defender que haja um equilíbrio entre a autonomia da vontade, a boa fé objetiva e a função social dos contratos para que não haja uma radicalização de uma ou de outra corrente, pois desta forma pairaria um marasmo de insegurança jurídica quanto ao cumprimento do objeto contratual. Em que pese, a intenção do espírito de justiça encarnado na ideia do equilíbrio contratual, mister reafirmar que quando se tratar de ofensa à dignidade da pessoa humana na sua forma existencial, o contrato deve se adaptar (inclusive por força judicial) para resguardar este *supra* princípio constitucional.

Cabe, portanto, a doutrina e a jurisprudência definir a amplitude de aplicação da função social do contrato, visto que a lei não disciplina especificamente sua atuação. O artigo 421 do Código Civil, embora condicione a liberdade contratual à função social, não elenca de forma pormenorizada, quais as situações em que o pêndulo social agirá. Humberto Theodoro Júnior⁷⁹,

78 “É preciso que o pêndulo encontre o seu eixo. Não se trata de defender o dogma da autonomia privada, de prestar absoluto e incondicionado obsequio às tomadas de posição das partes, mas sim de reafirmar uma autonomia privada qualitativamente alterada pela boa-fé objetiva, pela função social do contrato e funcionalizada aos princípios constitucionais como valor que também deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico. E para isso, é preciso que as doutrinas assumam impostergável dever de traçar balizas para atuação do Judiciário. É imprescindível que se estabeleça o que é boa-fé objetiva, o que é função social do contrato, e em que termos esses institutos redefinam internamente a autonomia privada. Mais que isso, é necessário também chamar atenção para o óbvio que, apesar de evidente e inquestionável, por vezes é convenientemente esquecido e desconsiderado por alguma doutrina: Função social do contrato e boa-fé objetiva não devem ser usados como argumentos retóricos diante da falta de argumento técnico, sob pena de perderem mesmo sua efetividade; Os novos princípios contratuais não se aplicam, sempre e prioritariamente, em benefício exclusivo do devedor; A resolução, quando pactuada *clausula resolutive* expressa, opera extrajudicialmente, o que não viola a boa-fé objetiva; Função social do contrato não se confunde com função assistencialista do contrato.” TERRA, Aline de Miranda Valverde. ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. Florianópolis: Editora Conceito, 2014 p. 121.

79 “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. Parece, portanto, que a função social vem

defendendo uma corrente na qual a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, assevera que a difusão da função social deve ter sua presença distribuída dentro do ordenamento jurídico, sobretudo dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçadas pela Constituição.

Tal visão, embora de evidente contribuição doutrinária, não realiza a verdadeira função do instituto, pois acaba por interpretar a Constituição Federal a luz do Código Civil e não o contrário.

Dado o caráter progressista desta dissertação, nos coadunamos mais a corrente na qual sustenta que a função social do contrato é a expressão do valor social das relações contratuais. Nesta linha, os efeitos práticos da violação da função social do contrato, poderia acarretar inclusive a ineficácia superveniente do próprio contrato, haja vista a transgressão de princípios constitucionais que ocasionassem, por exemplo, ofensa a interesses existenciais, impossibilitando a obtenção do fim último visado pelo contrato, resultando na perda na sua função social.

O artigo 2.035 do Código Civil⁸⁰, normatiza esta tendência de publicização da função social do contrato, ao definir que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. O sentido teleológico da norma é justamente o de assegurar que a função social do contrato tenha o condão de impor aos contraentes o dever de perseguir, lado a lado com os direitos individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assegurando-se, desta forma, a ordem pública nas relações contratuais privadas.

Nesta esteira publicista do direito contratual, Pietro Perlingieri⁸¹ robustece a corrente constitucionalista da função social do contrato afirmando que a lei maior torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada como normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações constituindo parte integrante da normativa, na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de

fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato. O campo propício ao desempenho da função social, assim como a realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas contratuais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais em que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial do contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Contrato e a sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense. 2003. P. 106.

80 Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 15/07/2023

81 PELINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 12

comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Repelindo-se qualquer intenção autoritária na qual possa parecer, visto a interligação dos interesses privados aos públicos, a função social deve, pois, consistir em elemento interno e razão justificadora da autonomia privada. O espírito do interesse público não se confunde com o interesse governamental, o que atrairia características fascistas a publicização do direito contratual. Portanto, a iniciativa privada não deve ser subjugada a entidade institucional supra individual, mas sim instrumentalizar as estruturas jurídicas ao ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada, sem que isso avance às liberdades individuais das pessoas perante o Estado.

Para tanto, torna-se fundamental a releitura dos conceitos de Direito Civil a partir dos preceitos da Constituição Federal e não o contrário, concretizando a chamada “constitucionalização do Direito Civil”⁸² ou “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”⁸³, doutrina em que as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema.

Os valores sobre o qual se funda o ornamento jurídico deve ser a base de crescimento das normas, extraindo-se da intenção do constituinte, as leis que regulamentarão as relações contratuais privadas, pautadas no interesse individual e coletivo, visto que unir o interesse social e a autonomia privada parece ser a forma mais eficaz de proteção dos valores constitucionais objeto das relações privadas.

Firma-se então que não seria tolerável que, nas relações privadas, as pessoas pudessem atentar contra direitos fundamentais, pois tais direitos pressupõem as condições de validade das normas privadas.

82 Segundo Gustavo Tepedino, a expressão surge, no direito dos contratos, a partir da ideia de que a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia deve ser revisitado e lido a luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República. Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. Temas de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 405.

83 “Como consequência lógica e natural da constitucionalização do Direito Civil – e, de resto do Direito Privado como um todo –, decorre o reconhecimento da indubitosa aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações estritamente privadas. É que os direitos fundamentais constituem garantias constitucionais universais (e cláusula pétrea), motivo pelo qual não se pode pretender represá-los somente nas relações de direito público. Até mesmo porque tal equívoco interpretativo implicaria em caracterizar o Direito Civil como um ramo da ciência jurídica, estranhamente, liberto da incidência da norma constitucional.” FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, 11ª Ed.. São Paulo: Atlas, 2015. p. 41/42.

2.2 Aspectos legais dos contratos de financiamento habitacional

Em se tratando de contratos firmados para financiar habitações e moradias, nos quais instituições financeiras ou construtoras disponibilizam valores para que os tomadores/compradores consigam adquirir a casa própria, a função social pode ser evidenciada pela concretização do direito social que as contratações representam.

É por meio destes contratos que a grande maioria da população consegue comprar a casa que servirá como moradia.. Trata-se de um vital mecanismo para que as pessoas possam conquistar a casa própria e ser alçada ao posto de devedor fiduciante, visto que os contratos de financiamento habitacional, na maior parte das vezes, são realizados por meio de alienação fiduciária do bem à instituição financeira, sendo ela a proprietária fiduciária do imóvel até a sua quitação.

Normalmente, o comprador, após escolher o imóvel que pretende adquirir, pleiteia junto ao banco o crédito referente ao valor do bem, dando-se uma entrada ao vendedor e financiando-se, em grande parte das vezes, até 90%.

Neste tipo de contrato, o banco ao creditar o valor pleiteado diretamente na conta do vendedor, torna-se o proprietário fiduciário do bem, transmitindo a posse direta ao comprador, que na relação jurídica firmada com a instituição financeira, figura-se como devedor fiduciante, ou seja, o imóvel torna-se uma propriedade fiduciária resolúvel que pertence a instituição financeira, porém a posse fica com o devedor fiduciante que somente adquirirá a propriedade plena quando quitar o financiamento.⁸⁴

Este procedimento é, atualmente, regulamentado pela Lei nº 9.514/97 e suas modificações posteriores, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel. O referido texto legal ainda dispõe sobre o instrumento de contrato e as regras para retomada da propriedade pelo credor fiduciário.

O SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário) tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos (art. 1º da Lei nº 9.514/97)⁸⁵.

84 Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Art. 23, § 1º Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm acesso em 18/07/2023

85 Art. 1º O Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm acesso em 18/07/2023

A instituição do Sistema de Financiamento Imobiliário, no ano de 1997, criou as condições necessárias para uma nova e importante fase do financiamento imobiliário no Brasil. A partir de meados da década de 1980 ficaram claras as dificuldades do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), nos moldes em que foi desenhado, para atendimento da demanda de crédito habitacional. A análise da experiência de vários países mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, autonomia na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário capaz de captar recursos de longo prazo, principalmente junto a grandes investidores.⁸⁶

Daí a representatividade da criação do SFI, segundo modelo delineado a partir dos mais modernos mercados de financiamento imobiliário, inclusive latino-americanos, inspirados no modelo norte-americano, tendo por princípio a integração das operações imobiliárias com o mercado de capitais, viabilizando o mercado secundário de títulos imobiliários.

Suas principais características consistem na instituição de um novo título de crédito, o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI); a fixação de regras para a criação de Companhias Securitizadoras; o procedimento para securitização de créditos imobiliários; a instituição do regime fiduciário sobre créditos imobiliários e a introdução, na legislação brasileira, da alienação fiduciária de imóveis, instrumento fundamental para a garantia efetiva das operações de financiamento imobiliário.

O Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), uma nova espécie de valor mobiliário, de emissão das Companhias Securitizadoras, foi criado para a captação de recursos dos investidores institucionais, em prazos compatíveis com as características do financiamento imobiliário, objetivando, assim, condições para um mercado secundário de créditos imobiliário. As Companhias Securitizadoras foram criadas nos moldes das empresas similares americanas, tendo por finalidade a aquisição e securitização de créditos imobiliários em geral e a emissão e colocação principalmente de Certificados de Recebíveis Imobiliários no mercado. As Securitizadoras adquirem os créditos imobiliários junto às chamadas "empresas originadoras", ou seja, as instituições financeiras autorizadas a operar no SFI, concedendo empréstimos para a aquisição ou a produção de imóveis. As operações de financiamento imobiliário no SFI são livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no sistema - as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as companhias hipotecárias.

86 <https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia> acesso em 18/07/2023

Outro poderoso estímulo à concessão do crédito imobiliário introduzido pela Lei nº 9.514/97, por garantir celeridade na recuperação do crédito, foi a instituição da alienação fiduciária de bem imóvel. Por meio do contrato de alienação fiduciária, o proprietário de um imóvel efetuará, em garantia do respectivo financiamento para aquisição desse imóvel, a alienação em caráter fiduciário do imóvel à entidade financiadora, transferindo a esta a propriedade fiduciária e a posse indireta. Até a liquidação do financiamento, o devedor será possuidor direto do imóvel.

Em tais condições, oferecendo garantias firmes aos investidores, financiadores e liberdade de negociação entre as partes interessadas, o SFI representa a efetiva modernização do mercado imobiliário no País.

Neste passo, a legislação de regência previu que os contratos de financiamento firmados com base na alienação fiduciária da coisa disponham regramento específico para sua celebração e hipóteses de resolução anormal, sendo a retomada da posse direta pelo credor, a principal característica deste sistema.

Maria Helena Diniz⁸⁷, ao abordar as características dos contratos formados com base na Lei nº 9.514/97 afirma cuidar-se de um negócio jurídico uno, embora composto de duas relações jurídicas, sendo uma de cunho obrigacional e outra de natureza real, representada pela garantia, que é um ato de alienação temporária, uma vez que o fiduciário recebe o bem para tê-lo, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida.

A propriedade fiduciária, assim, será estabelecida por meio do citado contrato em que o devedor fiduciante e o credor fiduciário estabelecerão as condições gerais do negócio principal⁸⁸, geralmente um mútuo, e também as condições de transferência da coisa objeto da garantia. Mas, além do caráter resolúvel, também está presente na propriedade fiduciária, decorrente de alienação, o caráter transitório, ou seja, o próprio contrato que estabelece as condições para sua criação estabelece até quando ela perdurará, não tendo assim, o caráter perpétuo que é inerente à propriedade plena.

87 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Direito das Coisas, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 638.

88 Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm acesso em 18/07/2023

Vale mencionar que o que se aliena é a propriedade transitória⁸⁹, sujeito a condição resolutiva, qual seja, a quitação do valor financiado, caso em que a propriedade plena passará as mãos do ex-devedor e possuidor direto, hipótese em que se dará a resolução normal da avença com o fim da propriedade resolúvel, extinguindo-se as figuras contratuais do credor fiduciário e devedor fiduciante.

Outra modalidade de contratação para financiar a compra de um imóvel é a conhecida hipoteca⁹⁰, direito real em que o bem é dado em garantia ao pagamento da dívida contraída.

Ao contrário do que ocorre no financiamento por alienação fiduciária, na garantia hipotecária o credor não é titular da propriedade, mas possui o direito de seqüela, consistindo a hipoteca em um título extrajudicial, situação que o bem poderá vir a ser objeto de penhora.

Cristiano Farias Chaves e Nelson Rosenvald⁹¹ ensinam que o instituto da hipoteca pode ser conceituado como direito real de garantia, em virtude do qual um bem imóvel (exceto navios e aeronaves) remanesce na posse do devedor ou de terceiro, assegurando preferencialmente ao credor o pagamento de uma dívida. Um ou mais bens específicos do patrimônio imobiliário do devedor ou do terceiro garantidor são afetados como caução específica de uma obrigação.

Para Orlando Gomes⁹², é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida, servindo para o credor como um direito de seqüela e preferência e para o devedor, ônus real.

As principais características da hipoteca são: (a) é direito real de garantia, de modo que adere ao bem e é dotada de oponibilidade geral; (b) é acessória, pois não se concebe garantia sem uma obrigação a ser garantida, a qual segue a sorte; (c) tem por objeto coisa imóvel, navios e aeronaves. Como direito real imobiliário, é em si mesma classificada como bem imóvel; (d) tem como objeto coisa do devedor ou de terceiro – nada impede que o hipotecante seja pessoa diversa do devedor; (e) a posse da coisa hipotecada permanece com o proprietário, seja devedor ou terceiro, sem transferência ao credor; (f) é indivisível, porque enquanto não satisfeita integralmente a dívida, subsiste por inteiro sobre a totalidade dos bens gravados; (g) é temporária, tendo como uma das causas de extinção a preempção, ou usucapião da liberdade, com cancelamento do registro, após o prazo de 30 anos.

89 “Não é, portanto, a propriedade plena que aliena, mas a propriedade limitada. Consiste a limitação, primeiramente, numa restrição temporal. O fiduciário não adquire senão uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva. Tem, em suma, propriedade restrita e resolúvel.” GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975 p. 80.

90 Modalidade de Direito Real que possui tratamento no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil.

91 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*, 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 779/780.

92 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 381.

Para Flávio Tartuce⁹³ a hipoteca é o direito real de garantia sobre coisa alheia que recai sobre bens imóveis, como regra, em que não há a transmissão da posse da coisa entre as partes. Figuram como integrantes da relação a) devedor hipotecante – aquele que dá a coisa em garantia, podendo ser o próprio devedor ou terceiro; b) credor hipotecário – tem o benefício do crédito e do direito real, sendo dotado, entre os efeitos, de direito de preferência sobre a coisa garantida. Pode ter origem convencional, legal ou judicial.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁹⁴ definem como um dos mais importantes direitos reais de garantia, figurando, de um lado, o credor hipotecário (em favor de quem é instituída a garantia), e, de outro, o devedor hipotecário (o sujeito que concede o bem em garantia). trata-se de um instituto eminentemente civil, pois, sendo civil a lei que institui e regulamenta a hipoteca, civil deve ser a sua jurisdição.

Após a edição da Lei nº 9.514/97 os contratos com garantia hipotecária praticamente caíram em desuso em virtude principalmente da agilidade proporcionada pelo procedimento extrajudicial de retomada da propriedade fiduciária observado na referida lei.⁹⁵

As instituições financeiras e grandes construtoras que normalmente são entidades que disponibilizam crédito para as aquisições imobiliárias, têm preferido adotar contratos regidos pela lei da alienação fiduciária, principalmente pela facilidade na retomada do bem garantidor, visto que em uma execução hipotecária o credor, além da morosidade própria dos processos judiciais, ainda possuem concorrência ante a possibilidade de gravação de hipotecas em graus diversos.

As três modalidades de contratação mais comuns para aquisição de um imóvel, segundo Melhim Namem Chalub⁹⁶ são: consórcio, compra e venda a prazo e mútuo com garantia fiduciária.

93 TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito das Coisas, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 886.

94 GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Direitos Reais. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 716.

95 “O grande número de ações em trâmite no Judiciário, aliado à falta de pessoal, não permite imprimir a velocidade desejada na solução dos litígios, o que faz com que devedores recorram às demandas judiciais para deixar de cumprir com o pactuado durante o período em que a ação estiver em curso, lançando mão dos inúmeros recursos cabíveis em nosso sistema processual. Não restam dúvidas que os credores, por alguns abusos e equívocos cometidos na cobrança, também contribuem para o aumento de demanda e, conseqüentemente, com a morosidade da justiça. Fabian, indicando posicionamentos de Chalub, Wald e Loureiro, se coloca de forma idêntica ao dizer que: Nos tempos atuais, a hipoteca sofre uma lentidão inaceitável durante o processo de sua execução. Não obstante este problema, a normatização da alienação fiduciária de coisa imóvel não deve ser entendida como solução dessa lentidão. Teria sido mais plausível o legislador flexibilizar a hipoteca ou o seu processo de execução. a hipoteca não está em crise, mas sim, há uma nova gama de necessidades do mercado e que a hipoteca não foi feita para atender esses novos interesses do capital. Aliado às dificuldades, sejam do instituto, sejam processuais, enquanto a utilização do negócio fiduciário para bens imóveis era acanhada, os agentes financeiros utilizavam a alienação fiduciária com garantia de bens móveis em larga escala, desde o advento da Lei nº 4.278/65 e, principalmente, depois da alteração trazida pelo Decreto-Lei nº 911/69. “FABIAN, Christoph. Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 86/87.????”

96 CHALUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 556/557.

No consórcio, tem-se um contrato de autofinanciamento, envolvendo os associados de uma sociedade civil mutualista. No exemplo do autor, numa sociedade com 50 associados, cada um paga mensalmente o equivalente a 1/50 do valor de determinado bem, de modo que ao final de cada mês a sociedade (grupo) arrecade 50/50 e compre um desses bens, entregando-o ao associado que tiver sido sorteado para tal fim. A sociedade denominada consórcio, celebra um contrato de mútuo com o associado sorteado, entregando-lhe a quantia necessária à compra daquele bem, e assim, sucessivamente, a sociedade mutualista vai emprestando aquela mesma quantia a todos os demais associados, até que todos obtenham o empréstimo almejado e comprem o bem programado.

Muito embora tudo isso seja processado por uma empresa administradora, esta é apenas uma prestadora de serviços, pois a sociedade mutualista é que é a mutuante; disso resulta que o sucesso ou o fracasso da sociedade está relacionado às forças dos próprios associados.

De outra parte, discorre o civilista, pelo contrato de venda a prazo ou de promessa de compra e venda, o vendedor ou o promitente vendedor se obriga a transmitir ao comprador a propriedade de determinado bem, mediante pagamento do preço desse bem, que é feito parceladamente. Depois de concluído pagamento, efetiva-se a transmissão da propriedade ao comprador. Na promessa de compra e venda, o promitente vendedor compromete-se a transmitir a propriedade, mas mantém o domínio sobre a coisa; nesse caso, a efetivação do pagamento produz o efeito aquisitivo do direito de propriedade, impondo-se ao promitente vendedor, em consequência, a obrigação de outorgar a escritura de venda, transmitindo-se ao promitente comprador, pelo registro do título no Registro de Imóveis, o domínio que até então detinha o promitente vendedor; caso este se recuse a outorgar a escritura, pode o promitente comprador compeli-lo mediante ação de cumprimento de obrigação de fazer; caso o promitente comprador não efetive o pagamento, dá-se a resolução do contrato, com a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel.

Por fim, conclui que pelo contrato de mútuo de dinheiro, com garantia fiduciária, o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituir o que dele recebeu, em igual qualidade e quantidade. Por esse contrato, o mutuário torna-se titular do domínio sobre o dinheiro mutuado e obriga-se a restituí-lo ao mutuante, sendo que em garantia do cumprimento dessa obrigação o mutuário transmite ao mutuante a propriedade resolúvel de determinado bem, corporificando, assim, o contrato de alienação fiduciária, acessoriamente ao contrato de mútuo.

Assim, todas estas modalidades contratuais, não raramente são tratadas genericamente e simplesmente, como financiamento. No entanto, em verdade, cada uma delas goza de regramento e estrutura própria, cujo tratamento jurídico-legal há de ser com ela compatível.

Como o objetivo do presente trabalho não é esgotar os estudos destes importantes institutos, o que deve se ter em mente é que a garantia contratual em um financiamento imobiliário contratado seja qual for a modalidade, exige do contratante o cumprimento das obrigações assumidas, em homenagem a *pacta sunt servanda*⁹⁷, princípio basilar do direito contratual.

Caso não as cumpra, certamente estará passível de ser, de um modo ou de outro, despejado do imóvel que lhe serve como moradia.

A questão é: seria justo em toda e qualquer situação de inadimplemento do contrato que o fim seja a tomada do bem garantidor pela parte credora?

Na nossa visão os contratos de financiamento, seja com alienação fiduciária da propriedade seja por meio de hipoteca ou consórcio, devem estabelecer regras para que haja uma carência de incidência dos efeitos do inadimplemento, ou seja, que durante um certo período de tempo em que subsistiria alguma situação excepcional, tal como a doença grave do devedor ou de um familiar, os efeitos agressivos da mora que pudessem aniquilar o direito à moradia (objeto central do contrato) deveriam ser repelidos.

Há, ainda, que se ressaltar a abusividade de encargos cobrados pelas instituições financeiras. A taxa de juros não pode se tornar um empecilho a realização do objeto da contratação. A estipulação equitativa dos juros remuneratórios deve se alinhar ao caráter dúplice do instrumento contratual (lucro e papel social) que tem por fim o estabelecimento de moradia própria. A garantia do lucro, principal interesses dos financiadores deve convergir ao interesse do contratante que necessita de crédito para compra daquele bem essencial.

No mesmo sentido, necessária implementação de modos de solução sem a judicialização da demanda. Situações em que o próprio cartorário responsável pelo registro do contrato promove a mediação entre credor e devedor, são novas perspectivas que, além de desinflar o Poder Judiciário com inúmeras demandas desnecessárias, corrobora para uma solução menos traumática e mais humana de conflitos que, não raras as vezes, deixa a parte devedora em situação de indignidade.

97 “A previsibilidade e estabilidade das relações contratuais, de maneira a garantir segurança jurídica para o livre jogo econômico das relações individuais, traduzem os objetivos e valores do contexto histórico liberal em que foi forjada a principiologia contratual clássica. Por conseguinte, ao lado da liberdade de contratar e da relatividade dos efeitos dos contratos, o consensualismo manifesta a proteção ao livre exercício da autonomia negocial, tutelando-se a vontade do contratante em contraponto à ameaça de intervenção. O *solus consensus obligat* constitui o coroamento, na modernidade, de que a palavra empenhada é suficiente para criar vínculo jurídico, prescindindo, em regra, de qualquer formalidade na expressão do consentimento ou mesmo da chancela estatal. Completa-se, afinal, com a força obrigatória do contrato, princípio fundamental do direito contratual, a exigir que os pactos sejam cumpridos. Sob o aforismo clássico *pacta sunt servanda*, construiu-se a noção de que “o contrato faz lei entre as partes”, emprestando ao fruto da autonomia negocial o mesmo efeito das determinações do legislador.” TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil. Contratos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 99.

Neste cenário, importa mencionar a relevância que ganhou a figura dos registradores de imóveis, titulares dos cartórios em que são feitos os registros dos contratos de alienação fiduciária, visto que tornaram-se importantes personagens no procedimento regulamentado pela Lei nº 9.514/97, especialmente porque é no respectivo Cartório de Registro do Imóvel, objeto da avença, é que haverá o deslinde dos atos de intimação das partes, purgação da mora e consolidação da propriedade.

Assim, a delegação de poderes para tais delegatários do serviço público, consiste em eficiente medida para “desjudicialização” de questões afetas a contratos de financiamento de imóveis.

Nada obstante, como será visto no terceiro e último capítulo desta dissertação, o Poder Judiciário têm permitido que o devedor permaneça na posse direta do bem até que a excepcionalidade desapareça. Trata-se, pois, de medida humanitária do direito que visa preservar a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato e o direito à moradia daquele que, temporariamente, não possui condições de integralizar o pagamento das parcelas comprometidas.

2.3 A Mora contratual e seus desdobramentos

Como abordado no tópico anterior, ao firmar o contrato que coloca o próprio bem como garantia do pagamento do financiamento assumido, o devedor terá o encargo do cumprimento de algumas obrigações perante o credor, sendo que a principal delas é a de honrar a obrigação principal assumida: o pagamento das prestações.

Está é a primordial condição que leva as entidades financiadoras a emprestar valores com a finalidade de que o tomador adquira o bem imóvel, pois o objetivo é o resgate a longo prazo do montante disponibilizado com o acréscimo dos juros que representarão lucro ao financiador.

No cumprimento normal da avença, a parte contratante paga regularmente as parcelas assumidas e, ao final, com a quitação do empréstimo, o imóvel é finalmente é liberado da garantia contratual definida, passando a propriedade plena sem qualquer ônus, às mãos do comprador. Entretanto, não raras as vezes, durante a vigência de um financiamento habitacional ocorrem situações não esperadas, principalmente considerando-se a longa vigência dos contratos, muitas vezes firmados para pagamento em 30 anos ou mais. Tais situações, sejam elas previsíveis ou não, inevitavelmente podem fazer o contratante entrar em mora com a entidade contratada, abrindo-se a possibilidade de que o contrato seja resolvido e o adquirente perca o bem. Nesses casos, defendemos, a relativização pelo Judiciário para que, mesmo em situações com a mora do devedor,

seja preservada a sua dignidade, pelo menos em um período de tolerância para que a anormalidade seja superada.

A mora, segundo Cristiano Farias Chaves e Nelson Rosenvald⁹⁸ pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendi*) como pelo credor (mora *accipiendi*). É pois espécie do gênero do inadimplemento das obrigações que ainda pode ser alcançado pelo inadimplemento absoluto e a violação positiva do contrato. Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475 Código Civil⁹⁹) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora, nada obstante também configurar falha no adimplemento, poderá ser sanada ou afastada judicialmente, como defendido neste trabalho, situação em que a obrigação originalmente pactuada poderá ser cumprida a contento da maneira mais proveitosa.

Ora, a mora contratual representa o atraso imputável, por distintos fatores, a ambas as partes, no prestar ou no receber da obrigação contratada. Como requisito geral do estado de mora há a necessidade de a prestação já ser exigida pelo credor, não sendo suficiente a mera existência da obrigação, devendo ela já ser considerada exigível.

O Código Civil regula o instituto nos artigos 394 a 401¹⁰⁰ e traz como regra fundamental a existência de uma dívida vencida para então discutir-se o adimplemento ou inadimplemento contratual. Ou o crédito tem dia certo para ser solvido e nesse dia pode ser exigido, ou somente pode ser exigido após a interpelação. O citado artigo 397 do Código Civil deixa claro que a regra geral do sistema, quanto a constituição em mora é a mora automática ou a mora *ex re*. Sua

98 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Obrigações, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 497

99 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 24/07/2023

100 Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou. Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação. Art. 401. Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 24/07/2023

justificação é razoável e racional: se o devedor acertou um prazo para cumprir a prestação, sabe que no dia aprazado deve cumpri-la, não sendo necessário que o credor o advirta.

Referida regra geral, para ser aplicada, deve ser estipulada no contrato mediante termo para o cumprimento da obrigação, a fim de que incida na hipótese do *caput* do art. 397 Código Civil. Caso contrário será necessário a interpelação judicial ou extrajudicial para constituição da mora *ex persona*. A obrigação deve ser positiva e líquida. Obrigação positiva é a obrigação certa já a liquidez tem a ver com a prestação do devedor, que não pode ser compelido a pagar aquilo que não se sabe que deve.

Ingressando o devedor em estado de mora, há que se identificar as causas possíveis de seu fim, como pressuposto necessário de sua própria existência. Diferentemente do que ocorre nos casos de impossibilidade da prestação, quando a mora pode ainda ser cumprida, mesmo que em situação fora do prazo pactuado, o credor pode se valer da notificação do devedor para que este purgue a mora no prazo estabelecido, sendo este um direito de ambas as partes, nada obstante a previsão de que o devedor suportará os prejuízos que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários advocatícios. De outra banda, se a prestação, em razão da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la e exigir a satisfação das perdas e danos.

Assim, a consequência imediata da mora é estabelecer a responsabilidade civil pelos danos que sua mora causar ao credor, inclusive danos emergentes, lucros cessantes e honorários de advogado. Extrai-se, portanto, que sua primeira consequência é responsabilizar o devedor pelos prejuízos por ele causados ao credor e, imediatamente, abrir a possibilidade de purga da mora, de reestabelecimento lícito e obrigatório da relação jurídico obrigacional, desde que, como mencionado, a obrigação não tenha se tornado inócua ao credor.

Há ainda uma tendência doutrinária importada do direito alemão que, em contrassenso ao estabelecido pelo Código Civil brasileiro (que define a mora como conduta negativa), admite a possibilidade de reconhecimento de violações positivas do contrato¹⁰¹. A referida teoria considera

101 “Parte da doutrina brasileira enxerga, ao lado do inadimplemento absoluto e do inadimplemento relativo, *tertium genus* correspondente ao que se denomina, no direito alemão, violação positiva do contrato. Desenvolvida pelo advogado Herman Staub, no início do século XX,⁴² a violação positiva do contrato nasce não como instituto rigidamente definido, mas como noção ampla e flexível destinada a absorver hipóteses de descumprimento não contempladas pelo BGB, em especial aquelas relacionadas ao mau cumprimento da prestação.⁴³ As críticas formuladas contra a teoria de Staub, que vão desde a negativa da pretendida lacuna no Código Civil alemão⁴⁴ a objeções terminológicas variadas,⁴⁵ não lograram inutilizar a sua construção na experiência alemã. Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal no termo aprazado, a tutela do crédito em tais hipóteses exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, art. 422). Não é, todavia, o que ocorre em perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do

violação contratual também aquelas hipóteses de mau cumprimento da prestação, associando ao descumprimento culposo de deveres impostos pela boa fé subjetiva. Sua aplicação se dá naquelas hipóteses em que, embora reconhecido o comportamento positivo do devedor correspondente a realização da prestação contratada, não se alcança, por alguma razão à função concretamente atribuída pelas partes à regulamentação contratual. Exemplo: devedor que paga em local diverso do pactuado.

Concludentemente, as situações de cumprimento imperfeito das obrigações ou violação positiva do contrato, a nosso ver, já se encontram na expressão legal da não efetivação do pagamento na forma que a lei ou convenção estabelecer (art. 394 CC), devendo cada caso ser apreciado se a violação positiva de fato pode ser causa para a resolução da avença.

Outrossim, em resumo, estará em mora o devedor que não cumprir com a obrigação assumida no dia em que deveria cumpri-la. Este não cumprimento deve poder lhe ser imputável e o cumprimento futuro deve ser de interesse do credor. Seus pressupostos podem ser enfileirados da seguinte forma: a) existência da dívida positiva e líquida; b) sua exigibilidade, pelo vencimento; c) inexecução da obrigação; d) interpelação judicial ou extrajudicial do devedor, caso não haja termo (data certa pré estabelecida para o cumprimento da obrigação).

A moderna doutrina civilista, no tocante ao tema do inadimplemento das obrigações, têm abandonado cada vez mais a noção de obrigação como vínculo de submissão do devedor ao credor. Há pois, um novo conceito de relação obrigacional, composto por uma complexidade de direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum. Avultam em importância, neste sentido, os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, impondo comportamentos que vão além da literal execução da prestação principal.

Trata-se da verdadeira intenção do objeto do contrato a luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes, rejeitando-se o panorama meramente estrutural das obrigações que identifica a satisfação dos interesses envolvidos com a realização da prestação principal.

Com efeito, esta nova perspectiva de enxergamento do inadimplemento contratual, têm inclusive influenciado a jurisprudência para o reconhecimento de situações excepcionais de adimplemento cuja manutenção do núcleo contratual seja de fato preservado.

É por exemplo o caso da teoria do adimplemento substancial do contrato, teoria esta que decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e

devedor se mostra insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmbito interno da própria noção de adimplemento.” TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil. Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 458

o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 do Código Civil. Nesta hipótese, o juiz avaliará a existência ou não da utilidade na prestação, segundo determina o já citado art. 395, parágrafo único do Código Civil.

O adimplemento substancial do contrato pressupõe que a irregularidade do pagamento entre a conduta do devedor e a responsabilidade assumida, não seja apta a ensejar a resolução do contrato, ou seja, que seja reconhecido que o devedor já tenha cumprido com boa parte de suas obrigações, porém em dado momento, venha a descumpri-las. Neste caso, o magistrado poderá baseando-se na razoabilidade e proporcionalidade afastar a resolução contratual por culpa do devedor tendo em vista o substancial adimplemento do contrato.

Como no Brasil não houve, ainda, previsão legal a respeito do instituto, doutrina e jurisprudência têm se encarregado de defender sua aplicação para que o verdadeiro objeto contratual seja preservado face o inadimplemento parcial da obrigação. No entanto, ainda não há um parâmetro médio de verificação de “quanto” da obrigação cumprida poderia se reputar como adimplemento substancial (50%, 60%, 70% etc). Na verdade, ao invés de uma aferição quantitativa para se mensurar o cumprimento do dever assumido, defendemos, a exemplo do exposto por Gustavo Tepedino¹⁰², que o citado controle se dê de forma qualitativa.

102“De fato, a teoria do adimplemento substancial veio inicialmente associada ao “descumprimento de parte mínima”, ao inadimplemento de *scarsa importanza*, em abordagem historicamente importantíssima para frear o rigor do direito à extinção contratual e despertar a comunidade jurídica para o exercício quase malicioso do direito de resolução em situações que só formalmente não se qualificavam como adimplemento integral. Em leitura mais contemporânea, contudo, impõe-se reservar ao adimplemento substancial papel mais abrangente, qual seja, o de impedir que a resolução – e outros efeitos igualmente drásticos que poderiam ser deflagrados pelo inadimplemento – não venham à tona sem a ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução. Com efeito, a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito – como revelam os casos mais pitorescos de não pagamento da última prestação que povoam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça –, mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, não restrito à resolução contratual, compreendendo também efeitos como a exceção do contrato não cumprido e a execução de garantias contratuais. Tal controle se opera especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (e outras medidas semelhantes) para o devedor e terceiros, e, de outro, os efeitos do seu não exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela do seu interesse. Não quer isso significar a prevalência do interesse do devedor sobre o interesse do credor ao cumprimento exato do avençado. Mesmo na acepção mais restritiva e formal do adimplemento substancial, não se deixa de reconhecer o descumprimento parcial, concedendo ao credor outros mecanismos de tutela, como o ressarcimento das perdas e danos ou a exigência de cumprimento do acordado;96 veda-se, tão somente, a extinção do vínculo obrigacional, como remédio extremo contra o devedor. Somente se libertando da concepção lastreada puramente em critérios quantitativos, assumindo-se viés verdadeiramente qualitativo, a figura do adimplemento substancial poderá atingir seu genuíno propósito que é impedir a resolução nos casos em que o interesse útil do credor possa ser substancialmente satisfeito com a conservação do contrato.” TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil. Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 468/469.

Cada caso concreto merece olhar especial do julgador a fim de balancear os efeitos da resolução (muitas vezes com ofensa a um direito existencial) e os efeitos do seu não exercício para a parte credora, que poderá obter o crédito utilizando de remédios menos gravosos ao devedor.

A extinção normal da obrigação deve ser o objetivo a ser perseguido pelas partes e, em eventual processo judicial, pois a intenção inicial dos contraentes deve ser preservada e, em muitas vezes, pode ser alcançada mediante medidas que proporcionem o soerguimento do devedor durante a vigência do contrato.

Com efeito, um dos pressupostos básicos da mora é a sua viabilidade do cumprimento da obrigação, posto que, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação.

O caso fortuito e a boa fé objetiva devem ser sopesados e introduzidos na relação contratual para que o escorreito fim da avença seja alcançado da melhor forma possível para ambas as partes.

Nos casos dos contratos de financiamento de bens imóveis, ao se deparar o credor com o inadimplemento das prestações pelo devedor, salutar que o próprio credor (muitas das vezes grandes instituições financeiras) ou mesmo o Poder Judiciário, aplique institutos contratuais baseados nos fundamentos da República para que a dignidade seja preservada.

Igualmente, em sede de responsabilidade contratual, defende-se nesta dissertação, que só haverá espaço para a consideração da mora do devedor se o descumprimento da prestação resultar de sua negligência ou desatenção, sendo a culpa entendida em sentido amplo, compreendendo tanto o dolo do devedor como o simples descuido na satisfação da prestação. Neste caso, caberá ao devedor demonstrar que agiu no limite de sua possibilidade, com toda a cautela e diligência que se poderia exigir de uma pessoa responsável naquelas circunstâncias.¹⁰³

Assim, se o atraso no cumprimento da obrigação for involuntário, vale dizer se um mutuário de financiamento habitacional, cujo objeto seja a própria moradia, deixar de arcar com o pagamento de suas prestações em virtude, por exemplo, de doença grave, não se poderá o credor cogitar os efeitos da mora do devedor.

Há portanto de se admitir a possibilidade do devedor afastar as trágicas consequências da mora, quando provar que encontra-se em situação de vulnerabilidade humana, como por exemplo, passando por doença grave. Na referida situação a intenção do credor de exigir a satisfação do

¹⁰³ Em entendimento similar ao defendido no presente trabalho o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 548, na qual o devedor possui o direito e o dever de comprovar ao juiz que sua mora decorre de ato alheio a sua própria vontade. Veja-se: “Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado.” <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/601> acesso em 24/07/2023

crédito em perdas e danos (art. 395, parágrafo único CC), deve ser mitigado para que a mora não seja convertida em inadimplemento absoluto.

Por óbvio que cada caso concreto deve ser analisado detalhadamente de forma pormenorizada, visto que trata-se de conduta de exceção, a ser aplicada exclusivamente para a preservação da dignidade.

No capítulo seguinte e final deste trabalho, será abordado como o Poder Judiciário têm consagrado o afastamento dos efeitos da mora em que o inadimplemento ocorre por motivos específicos, quando o cumprimento do objeto contratual confronta a própria dignidade da pessoa humana.

A mora e seus nefastos efeitos, a luz de um direito civil constitucionalizado, devem ser ponderados e tratados de forma séria para que nem credor e nem devedor possam sagrar-se excessivamente beneficiados.

Traremos, portanto, uma reflexão para apresentar até que ponto poder-se-ia tolerar o inadimplemento parcial de prestações habitacionais, antes de resolver a avença e colocar a parte devedora em situação possivelmente degradante. E quais os limites, o devedor, titular de longo financiamento habitacional, poderia se beneficiar ante a imprevistos ocorridos durante o vínculo obrigacional.

3. O AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DA MORA POR TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS PAUTADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até aqui expusemos que a Constituição Federal, com suporte em seus princípios e fundamentos, dispõe de instrumentos que valorizam direitos cuja finalidade seja o resguardo da dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no art. 1º, inciso III mas que, dada sua importância e magnitude, pode ser considerado um verdadeiro “supra-fundamento” ou “supra-princípio” da ordem constitucional brasileira.

É na dignidade que se realizam as demais necessidades da vida humana.

Saúde, educação, alimentação, cultura, lazer e moradia são exemplos de direitos sociais que bebem na fonte da dignidade. A garantia da existência mínima passa pela satisfação das mais básicas necessidades e deve ser igualmente incentivado e respeitado por todos, seja nas relações entre particulares seja no vínculo entre Estado e pessoas.

Visualizamos que o art. 170 da Constituição Federal, ao estabelecer os princípios da ordem econômica, promove uma verdadeira miscigenação de valores liberais e intervencionistas cuja finalidade é assegurar a todos uma existência digna.

A valorização da liberdade individual para praticar todos os atos que não sejam vedados pelo ordenamento jurídico é transparecida no meio econômico através da consagração da livre iniciativa e livre concorrência. A garantia da propriedade privada estabelece que o Estado não interferirá e a resguardará para que seja respeitado este basilar princípio das economias capitalistas liberais. Lado outro, nota-se que todas as garantias das liberdades humanas asseguradas na Constituição Federal, devem corroborar ao atingimento dos objetivos definidos pelo constituinte.

Assim, como outrora mencionado, a ordem econômica e financeira deve ser enxergada sob o prisma conjunto de seus princípios formadores, não havendo espaço para que seja garantido o exercício isolado de qualquer direito sem a devida parametrização com as demais normas que o sustenta.

A propriedade privada, a livre iniciativa, a liberdade concorrencial e contratual, são garantias constitucionalmente conferidas aos indivíduos, mas que também, com a mesma importância de ser, devem atender a sua função social para que se enquadre as disposições teleológicas do constituinte ao amparar tais direitos como fundamentais.

Quando houver choque de interesses e os casos sensíveis forem submetidos à resolução prática, o Poder Judiciário, no atributo de sua função típica, deverá se alinhar a aplicação conjunta

do texto constitucional, e verificar, caso a caso, a solução mais adequada para a preservação de um direito, sem contudo aniquilar o interesse da parte contrária.

Logo, nesta linha da ponderação que nos parece a mais lógica e coerente, o juiz sempre terá o poder de não aplicar determinada medida executiva quando esta perca a sua razoabilidade em razão da excessiva restrição a direitos fundamentais preexistentes. Com base na dignidade da pessoa humana, deve-se interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que mais assegure a eficácia dos meios executivos disciplinados. Tudo isso feito com observância do quadro completo dos direitos fundamentais, guiado pela dignidade humana, respeitando os limites impostos a cada um pelos demais e realizando, sempre que necessário, a concordância prática entre os direitos em colisão¹⁰⁴

Assim, dadas as especificidades de cada caso concreto, deverá ser avaliado se, de fato, o credor razoavelmente não teria mais razões para manter a intenção de prosseguir com o regular cumprimento contratual. A exemplo, na demanda de resolução de contrato, o magistrado não deverá amparar-se na noção comum de um homem médio da sociedade, mas examinará a ética da situação para concluir pela preservação da relação obrigacional ou por sua extinção, caso provada a inutilidade superveniente da prestação.¹⁰⁵

Há, então, que se asseverar, que o ordenamento jurídico não mais admite que as situações jurídicas existenciais possam ser submetidas às situações jurídicas patrimoniais ou não existenciais, como é o caso da instituição financeira credora que almeja o lucro com a contrato disponibilizado ao tomador de crédito.

Com efeito, a titularidade de bens e créditos não pode ser tida como um fim em si mesmo, pois o sacrifício dos direitos da personalidade em função de apuração de créditos é medida que não se coaduna aos ditames da justiça social encampados pela constituição ao definir a ordem econômica do país. É a dignidade humana que deve pautar a ação dos princípios da constituição econômica, e não o contrário.

A relação entre a dignidade da pessoa humana e a constituição econômica brasileira ganha contornos apaziguadores na visão de Gilberto Bercovici¹⁰⁶ ao defender que a preservação de direitos

104 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Obrigações, 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 484.

105 A ideia de que a prestação deve ser inútil para aquele credor específico no caso concreto e não para qualquer pessoa, foi homologada no enunciado nº 162 do Conselho de Justiça Federal, cuja redação, a seguir transcrita, prestigia a análise da boa-fé para aferição entre o direito de recebimento do crédito pelo credor e a preservação de direitos básicos do devedor. Veja-se: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.” <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283> acesso em 29/07/2023

106 BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e a Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 457/467.

fundamentais devem ser objeto da própria ordem econômica. Nesse passo, assevera o autor que as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem ser limitadas ao discurso do mínimo existencial. Pelo contrário, essas relações, sob a Constituição de 1988, vão além e não se configuram “apenas” na universalização dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais).

As relações entre dignidade da pessoa humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social.

A temática abordada, sob o enfoque da democracia econômica social, reforça a ideia de que a universalização dos direitos fundamentais é medida necessária para que a justiça social seja proporcionada aqueles que dependam das mínimas condições para sobrevivência. O direito representa a garantia de acesso às formas de provimento do mínimo existencial pelo Estado. O Judiciário aplica o direito para que seja realizado tal objetivo, e não deve se tornar um empecilho à concretude dos direitos fundamentais.

Em sua atuação, o Judiciário deve se impor de forma independente e pautado na análise conjunta dos dispositivos da Constituição para indicar o desfecho daquele caso prático em que se vislumbra interesses conflitantes entre a economia e a justiça social.

O impacto financeiro das decisões judiciais no plano econômico na relação entre particulares é inevitável, mas deve haver um limite intransponível entre interesses básicos indisponíveis e a direitos creditícios.

Não se trata de defender que o credor seja obrigado a aceitar o inadimplemento do devedor, mas sim que, ao deparar-se com uma situação em que direitos fundamentais estejam sob risco face a realização de direitos não fundamentais, o caminho para concretude da finalidade constitucional nos parece óbvia.

Portanto, a atuação do Poder Judiciário em causas com repercussões econômicas não necessariamente coloca em perigo, o equilíbrio orçamentário, ou constitui uma intervenção ilegítima em um campo reservado à política, pois há casos que esta atuação mostra-se imprescindível para o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Quando se trata de uma relação privada, como em um contrato firmado por particulares para financiamento de um imóvel, a livre iniciativa contratual consagrada na autonomia da vontade, não pode se curvar aos interesses que menosprezem direitos existenciais do ser humano, sob pena de ofensa a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Aliás, a livre iniciativa não é absoluta¹⁰⁷. Em que pese seja direito exercido conforme a própria vontade, independentemente de qualquer dirigismo ou prévia autorização estatal, como normalmente acontece com qualquer direito ou garantia no sistema constitucional brasileiro, deve se ajustar aos ditames da justiça social, da dignidade da pessoa humana e do trabalho.

Daí decorre a necessidade de o Judiciário, calcado nos princípios consagrados na constituição econômica, dizer se a prática trazida a lume, reflete fidedignamente os anseios do constituinte. Em caso negativo, poderá equilibrar a relação jurídica originária (contrato), utilizando de técnicas para relativizar direitos disponíveis e preservar os consagrados direitos existenciais, pois ao Estado cabe proporcionar que as pessoas possam conquistar o mínimo existencial para viver dignamente.

Não se trata de conferir aos juízes poderes ilimitados para que desvirtuam os propósitos perquiridos pelas partes na relação contratual, mas tão somente demonstrar que, mesmo em uma relação com autonomia da vontade respeitada, não existe direito absoluto no contrato.¹⁰⁸

Existem limitações a esta prerrogativa judicial. O limite da discricionariedade de valoração do contrato pelo juiz deve ser encontrado também no próprio ordenamento jurídico, e principalmente na jurisprudência.

Como bem acentuado por Eros Grau¹⁰⁹, o juiz, intérprete autêntico, não se limita a confrontar o comportamento das partes com o que o Direito posto pelo Estado prescreve. Na visão do autor é ele, o juiz, quem produz normas veiculadas ou pelas disposições contratuais ou pelo texto legal. Não obstante tal situação cause grande revolta na doutrina, a segurança e a previsibilidade dos contratos passa, necessariamente, pela interpretação que as Cortes por meio de sua jurisprudência, dão às avenças.

107 “A livre iniciativa constitui valor fundante da Ordem Econômica brasileira, de acordo com o caput do art. 170 da CB, o que reafirma a adoção de um modelo de economia de mercado, já anunciado no art.º, inc. IV, da mesma Carta, que a consagra entre os fundamentos da República. A diretriz ainda encontra reforço no parágrafo único do art. 170 da CB. (...) Livre iniciativa é direito exercido conforme a própria vontade, independentemente de qualquer dirigismo ou prévia autorização estatal, como é próprio do modelo econômico capitalista é faculdade, portanto, que decorre da liberdade em seu sentido amplo. TAVARES, André Ramos. GAMA, Marina Faraco Lacerda. O STF e a Constituição Econômica: Casos e Funções, Curitiba. 1ª ed. Curitiba: Inter Saberes, 2022. p. 37/38.

108 Ao escrever sobre o Projeto do Código Civil, Miguel Reale observava que, "se o contrato é o produto da autonomia da vontade, não quer dizer que essa vontade deva ser incontrolada: a medida de seu querer nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. O contrato é o elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida. E é por esta razão que estabelecemos um artigo do Projeto do Código Civil, que me parece muito importante ter presente, no qual se declara que contrato terá que ser analisado em razão de sua função social. É o princípio da socialidade governando o Direito Obrigacional. Miguel Reale se referia ao atual artigo 421 do Código Civil. REALE, Miguel. O Projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10).

109 GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 96 (2001) P. 08. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120> acesso em 30/072023

Essa característica advinda do *commom law*,¹¹⁰ traduzida no poder negocial que dá origem ao contrato, não encontra no controle judicial propriamente uma restrição, mas o equilíbrio necessário à promoção dos valores sociais e econômicos, bem definidos na nossa Constituição.

É de extrema relevância que a atuação dos juízes ao apreciarem discussões contratuais em que direitos existenciais estejam em jogo, que seja definido um paradigma com base naquele específico caso, de modo que futuras demandas deverão ser apreciadas de igual forma, desde que aquele determinado entendimento se convirja a situação colocada a julgamento.

A força dos precedentes, neste sistema, demonstra quão determinante é a leitura jurisprudencial dos casos concretos, servindo de norma jurídica para aplicação em casos vindouros. Nos casos em que os citados precedentes vinculantes não se coadunem com a intenção do constituinte, o próprio Judiciário, por meio de técnicas de aplicação jurisprudencial, possui mecanismos para distinguir ou superar teses e entendimentos então dominantes. São as hipóteses de *distinguishing*, e *overruling*.¹¹¹

No *distinguishing*, tem-se que os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* (razão de decidir) da decisão paradigmática. É, preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior.

Já na técnica *overruling*, o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

Portanto, indubitável que existem plenos mecanismos para que o Poder Judiciário promova a justiça social nos casos concretos, seja distinguindo ou superando algum precedente, seja relativizando a autonomia contratual em prol da preservação da dignidade humana. Ademais, diga-

110 Direito Comum (Commom law), sistema jurídico utilizado em países de língua inglesa. Possui como principal característica ser baseado em precedentes criados a partir de casos jurídicos e não em código. Neste sistema é imprescindível o papel que os operadores do direito, exercem, sobretudo os juízes.

111 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 385.

se de passagem, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional.

Nos interesses dos contratantes de um mútuo habitacional, há em jogo o direito à moradia e o direito ao recebimento do crédito, situações regulamentadas pelo instrumento de contrato firmado pelas partes. Os contraentes, partes capazes visando contratarem objeto lícito, possível e determinado¹¹², submetem seus interesses aos termos contratuais com intenção de que haja o regular cumprimento da avença, mediante os pagamentos das prestações e a quitação ao final da vigência do contrato.

Certo é que por diversas situações excepcionais, este regular cumprimento pode não se operar levando o devedor a inadimplência, o que poderá, inclusive, nos casos mais graves, ocasionar a perda do bem adquirido para própria moradia.

É o caso, por exemplo, de um financiamento firmado por meio da alienação fiduciária do objeto contratual. Como já exposto no segundo capítulo deste trabalho, nesta modalidade de garantia, o banco é o proprietário e o devedor/contratante o possuir direto, sendo que constatado o não pagamento das obrigações assumidas, poderá o credor imitir-se na posse direta, não podendo o devedor que utiliza o bem como abrigo de sua família, invocar a impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90¹¹³.

112 Com base no art. 104 do Código Civil Para que um negócio jurídico exista e produza efeitos no mundo jurídico, deverá, além de ter os elementos essenciais, ser considerado válido. Cumpre salientar que o citado dispositivo, elenca os requisitos necessários para que um negócio jurídico seja válido: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável. Nessa linha de raciocínio, vale dizer que o elemento essencial é a existência da vontade. Mas para ser considerado válido, um negócio jurídico deverá apresentar um agente capaz para que possa expressar esse consentimento. Considera-se capaz toda pessoa que é apta a ser sujeito de direitos e obrigações. A lei revela que todas as pessoas são capazes, excluindo apenas os incapazes, devidamente definidos, e classificados de acordo com a incapacidade, que pode ser absoluta, ou relativa. Para que os incapazes possam exercer negócios jurídicos válidos, devem estar devidamente representados (absolutamente incapazes), ou assistidos (relativamente incapazes). Vale dizer que o agente capaz deverá possuir, ainda, a legitimação, ou seja, que além capaz, o sujeito não pode ser impedido de realizar determinado negócio jurídico. Há casos que o negócio jurídico, por sua natureza, exige um plus, além plena capacidade, que é tida como uma capacidade especial. Outro elemento essencial é a existência do objeto, mas para a validade do negócio jurídico, impõe a lei, que esse objeto deverá ser lícito, ou seja, admitido pelas regras de Direito; possível, que esteja dentro das possibilidades humanas e físicas, determinado ou indeterminável, ou seja, que o objeto seja do conhecimento das partes no momento que surge o negócio jurídico, ou possa ser determinado até a conclusão do referido negócio. Por fim há o negócio, para existir, há de ser materializado numa forma, e para a sua validade a forma deverá ser a prescrita, ou seja, da maneira que a lei determine, ou não defeso em lei, que significa que o negócio jurídico não poderá possuir uma forma que a lei proíba. Dessa forma, para o negócio jurídico ser válido, deverá possuir: Agente capaz Objeto lícito Forma prescrita ou não defeso em lei. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 31/07/2023,

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

Este diploma legal, em que pese louvar o direito a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, em processos de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, exclui expressamente o titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato e para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, dentre outras hipóteses.

Sendo assim, a regra é que o bem objeto de alienação fiduciária em garantia ou hipotecária, poderá ser objeto de penhora quando a parte credora for o próprio credor fiduciário ou hipotecário, mas não quando decorrer de dívida do devedor junto a terceiro estranho à relação fiduciária.

Esse é o entendimento sedimentado junto aos Tribunais pátrios, tanto que o extinto Tribunal Federal de Recurso - TFR editou a Súmula 242¹¹⁴, no sentido de que o bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas ações ajuizadas contra o devedor fiduciário.

Dessa maneira, se um credor fiduciário tiver penhorada a sua propriedade fiduciária, poderá valer-se de embargos de terceiro para defendê-la, já que pessoa estranha à relação contratual fiduciária estará se arvorando sob um bem que não pertence ao devedor. É admitida, no entanto, a

único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I – Revogado. II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. VIII – Revogado. Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil. Art. 6º São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta lei. Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm Acesso

114 O bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o devedor fiduciário. <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=242> acesso em 31/07/2023

penhora dos direitos creditícios do devedor, parcelas esta que refere-se ao débito já adimplido da dívida contratada, sendo que a penhora dos direitos aquisitivos do devedor fiduciante em nada alterará a posição do credor fiduciário, que poderá exigir o cumprimento das obrigações e, se restar configurado o inadimplemento contratual, promover as medidas de retomada do bem objeto da garantia, já que a alienação fiduciária, uma vez registrada, tem efeitos *erga omnes*.¹¹⁵

3.1 Panorama jurisprudencial da aplicação do afastamento de encargos para preservação da dignidade humana

Feitas essas considerações sobre o Poder Judiciário e a característica dos contratos destinados ao financiamento habitacional de moradia própria, abordaremos nos itens a seguir, em um recorte de casos práticos em que Cortes de Justiça brasileiras, sopesando princípios humanistas da Constituição, decidiram pela preservação da dignidade da pessoa humana diante de situações que poderiam levar a degradação do mínimo existencial ou de direitos da personalidade vinculados à moradia.

3.1.1 Análise do caso paradigma julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Uma das grandes motivações para realização e concretização da presente pesquisa, foi inspirada quando, ao iniciar os estudos para a elaboração da dissertação como requisito final do curso de mestrado, fora divulgada uma notícia extraída do site oficial do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶, informando que o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro¹¹⁷, havia sido indicado a concorrer ao Prêmio Nobel da Paz¹¹⁸ do ano de 2020 em razão do julgamento de um caso concreto

115 HOFFMAN, Dirceu. Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis no Brasil. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2013. p.65.

116 <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Aplicacao-do-capitalismo-humanista-inspiracao-do-ministro-Moura-Ribeiro-ao-Nobel-da-Paz.aspx> acesso em 04/08/2023

117 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Civil pela PUC/ SP. Atuou como advogado de 1977 até 1983, quando ingressou na carreira da magistratura paulista. Foi promovido a desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2005. Em 2013, foi nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça, em vaga destinada a membro de Tribunal de Justiça estadual https://www.stj.jus.br/web/verCurriculoMinistro?cod_matriculamin=0001220&aplicacao=ministros.ativos acesso em 04/08/2023

118 The Nobel Prize, ou em tradução livre: O Nobel da Paz é um dos cinco prêmios Nobel estabelecidos pela vontade do industrial, inventor e fabricante de armamentos sueco Alfred Nobel, junto com os prêmios de Química, Física, Fisiologia, Medicina e Literatura. Desde março de 1901, é concedido anualmente (com algumas exceções) àqueles que "fizeram o melhor trabalho pela fraternidade entre as nações, pela abolição ou redução de exércitos permanentes e pela realização e promoção de congressos de paz". Por vontade de Alfred Nobel, o destinatário é selecionado pelo Comitê Norueguês do Nobel, um comitê de cinco membros nomeados pelo Parlamento da

em que foi acatada a tese de que o fortuito ocasionado da grave doença que acometia o filho de um devedor hipotecário, serviria como razão para afastar os efeitos da mora do contrato de financiamento da moradia própria.

Moura Ribeiro destacou que inspirou sua decisão com base no capitalismo humanista, teoria desenvolvida pelos juristas Ricardo Sayeg e Wagner Balera¹¹⁹, a qual propõem uma nova vertente do capitalismo enquanto regime econômico, de modo a garantir a concretização de direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, relativizando o direito à propriedade e à livre iniciativa.

Defendem, os autores, que o capitalismo em nosso cotidiano é necessário e inevitável, porém possui efeitos colaterais nefastos que ocasionam grave ofensa a direitos existenciais e a dignidade humana.

A fim de remediar estas externalidades negativas, o Direito Econômico possui a missão de humanizar as relações econômicas, pautando-se nos direitos humanos mais primitivos para assegurar a igualdade material, a liberdade e a fraternidade.

Apesar da crise do capitalismo global, deflagada em 2008, o neoliberalismo ainda prevalece na economia, mundial, estabelecendo para o planeta a globalização econômica capitalista. Em sua formação original tal processo se estrutura juridicamente em uma concepção antijudicialista antropocêntrica individualista e hedonista, apoiada no pensamento clássico de Adam Smith e David Ricardo. O regime capitalista e a economia de mercado, são realmente necessários e recomendáveis, mas não há como desconsiderar suas principais implicações negativas, consubstanciadas no esgotamento planetário e na exclusão do circuito econômico, político, cultural de parcela substancial da humanidade, chegando ao ponto crítico de colocá-la a mercê do flagelo da fome, da miséria e da subjugação, ambos inaceitáveis. *Ipsa facto*, a fim de conformar o capitalismo às exigências da atualidade a favor do homem, de todos os homens e do planeta, é necessário formular uma teoria jus-humanista de regência jurídica da economia e do mercado que, sem abominar este último e, pelo contrário, recomendando-o proponha-se a, estruturar um direito planetário imanente consagrador do Planeta Humanista de Direito. Daí, não obstante o caráter individualista das poderosas forças do mercado, se contemplará a efetivação multidimensional dos direitos humanos com vistas à satisfação universal da dignidade da pessoa humana, cujo mínimo concreto para o planeta é a consecução dos oito objetivos gerais identificados nas Metas do Milênio. (SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. O capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora KBR, 2011. p. 18/20).

Longe de se traduzir em uma suposta versão atualizada do comunismo, na verdade trata-se pois de uma análise jurídica do regime capitalista, visto da perspectiva dos direitos humanos, com o objetivo de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Noruega. Desde 1990, o prêmio é concedido em uma cerimônia no dia 10 de dezembro na Prefeitura de Oslo a cada ano. O prêmio foi concedido anteriormente no átrio da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo (1947-1989), no Instituto Nobel da Noruega (1905-1946) e no Parlamento (1901-1904). <https://www.nobelprize.org/> acesso em 04/08/2023

119 SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. O capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico. 1ª ed. Petrópolis: Editora KBR, Rio de Janeiro, 2011. p. 18.

Assim, com espeque nesta inovadora ideia de humanização da economia, também o Poder Judiciário deve aplicar valores de direitos humanos nas relações privadas colocadas a seu julgamento.

No citado caso, de relatoria de Moura Ribeiro, como mencionado, o devedor de um mútuo habitacional garantido por hipoteca, deixou de pagar as prestações avençadas por priorizar as despesas para o tratamento médico de seu filho, jovem com 23 anos de idade que foi acometido de uma forma grave de leucemia. Com o esgotamento dos recursos financeiros, a escolha, segundo a louvável decisão, pareceu óbvia, empregar todos os esforços para tentar salvar a vida do filho. Embora o desfecho quanto a luta dos pais pela vida do filho adoentado tenha sido de profunda tristeza, visto que o jovem não resistiu ao avanço da moléstia, o caso, do ponto de vista jurídico, representou um grande avanço para aqueles que defendem a dignidade como a essência do texto constitucional e inerente a condição humana.

O acórdão¹²⁰ proferido pela 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi ementado da seguinte forma:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA REJEITADOS LIMINARMENTE (ART. 739, II, DO CPC).- INCONFORMISMO DOS EMBARGANTES FIRME NAS TESES DE QUE (1) SUPORTARAM CERCEAMENTO DE DEFESA E (2) OS GASTOS COM O TRATAMENTO MÉDICO DE SEU FILHO QUE FALECEU EM VIRTUDE DE LEUCEMIA AINDA NA JUVENTUDE, FOI A CAUSA DO INADIMPLENTO — ACOLHIMENTO — DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA DIANTE DE FATO QUE NÃO PODE SER IMPUTADO AOS EMBARGANTES - APLICAÇÃO DO ART. 963, DO CC/16 - EXCLUSÃO DA COBRANÇA DE JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL NO PERÍODO DE JUNHO/02 A OUTUBRO/04 - SUCUMBÊNCIA A CARGO DO EMBARGADO — MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. ^ A GRAVE DOENÇA DE UM FILHO ACOMETIDO POR LEUCEMIA E QUE EM VIRTUDE DELA FALECEU É FATO QUE DESCONCERTA A VIDA FINANCEIRA DE QUALQUER FAMÍLIA E SERVE PARA CARACTERIZAR O CASO FORTUITO, PERMITINDO O AFASTAMENTO DA MORA DOS DEVEDORES NO PERÍODO DA MOLÉSTIA. (TJSP; APELAÇÃO CÍVEL 9052763-15.2006.8.26.0000; RELATOR (A): MOURA RIBEIRO; ÓRGÃO JULGADOR: 11ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO; FORO CENTRAL CÍVEL - 1ª VC F REG IPIRANGA; DATA DO JULGAMENTO: 30/09/2010; DATA DE REGISTRO: 08/11/2010) <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

Adotando-se o posicionamento de que a grave doença de um filho acometido por leucemia e que em virtude dela faleceu é fato que desconcerta a vida financeira de qualquer família e serve para caracterizar o caso fortuito, permitindo o afastamento da mora dos devedores no período da moléstia, o Poder Judiciário, por meio do então Desembargador Moura Ribeiro, hoje Ministro do

120 <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

Superior Tribunal de Justiça, promoveu, na prática, a realização do direito basilar da nossa constituinte.

A fim de assegurar a dignidade no tenebroso momento em que passava o devedor do financiamento habitacional, os julgadores componentes da Corte de Justiça paulista, decidiram pelo afastamento temporário da mora contratual, pois consideraram que a luta pelo direito a vida do filho, certamente demonstrava uma situação imprevisível, apta a caracterizar um caso fortuito.

A vida, como bem jurídico de mais alto valor, conforme apontado no julgado, evidenciou a existência e preservação de direitos da personalidade que são indisponíveis e indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

O ato judicial reverenciou a dignidade humana como forma de preservar a vida, a moradia, a honra e a integridade psíquica do devedor que, naquela determinada circunstância imprevisível, não tinha outra saída senão canalizar todos os seus recursos financeiros para dar continuidade ao tratamento do filho adoecido.

Observa-se que o julgado, embora tenha ido no sentido da preservação da dignidade do devedor, não extirpou o direito do crédito da instituição financeira credora. As parcelas em atraso não foram “quitadas indiretamente” pelo Judiciário em razão da delicada situação, fato este que somente poderia ter ocorrido por liberalidade do credor.

Pelo contrário, o valor das prestações e o direito ao crédito permaneceram intactos, sendo modificado apenas os efeitos da mora e, em consequência a resolução da avença.

Numa situação normal, sem a intervenção judicial, vencida e não paga a prestação, incidir-se-ia na obrigação os juros moratórios além de outros encargos contratuais que, se não quitados, poderiam dar ensejo a execução da garantia hipotecária pelo credor ou a retomada da posse direta do imóvel pelo credor, hipóteses estas que certamente resultaria na perda do bem pelo devedor (como analisado no segundo capítulo deste trabalho).

No entanto, no caso em estudo, sensível aos objetivos e fundamentos da República, o julgador solucionou a questão de modo a preservar a dignidade não só do devedor, mas de toda a sua família, inclusive a do próprio filho falecido.

A determinação afastou os efeitos da mora entre junho de 2002 a outubro de 2004 (data do óbito), período este em que o relator entendeu ter sido o momento cujo os recursos financeiros do autor da ação entraram em escassez ante os altos custos do tratamento da leucemia. Assim, neste lapso de pouco mais de dois anos, a doença do filho foi considerada um caso fortuito inesperado e suficiente para afastar a mora e seus efeitos.

Importante destacar que a culpa do devedor no resultado do caso fortuito, caso constatada, teria o condão de impossibilitar a não incidência da mora, pois poderia restar configurada má-fé, ou, no mínimo, a ausência da boa fé contratual, o que é repellido pelo ornamento jurídico e não pode servir para beneficiar aquele que deu causa ao próprio fortuito. Afinal, nos termos do art. 393 do Código Civil¹²¹, o fortuito representa todo aquele evento externo à conduta do agente, de natureza inevitável, cujo resultado não pode ser superado pelo devedor, estando este, portanto, fora dos limites da culpa.¹²²

Como bem observado pelo magistrado relator, a função social do contrato ampara a visão constitucional do direito civil a fim de condicionar o cumprimento das cláusulas penais da avença à não violação de direitos fundamentais.

Os olhos do julgador não devem se prender a superficialidades ao ponto de deixar de enxergar a natureza humana a qual motivou o não pagamento das parcelas. O direito a vida, ou, pelo menos, de tentar salvá-la, foi gloriosamente assegurado com o julgamento do recurso, pois representou dentre outras garantias a possibilidade de o devedor poder lutar pela vida de seu filho sem correr o risco de perder o imóvel utilizado como sua moradia.

Ademais, a ordem econômica brasileira de forma salutar, indica a integração dos seus fundamentos e princípios, que não podem ser considerados de forma isolada.

No julgamento do caso, podemos visualizar esta integração de forma prática, num caso trazido ao Judiciário para resolução. Ora, o magistrado nada mais fez que corporificar a existência

121 Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 07/08/2023

122 Sobre o caso fortuito e seu caráter volitivo, discorrem Cristiano Farias Chaves e Nelson Rosenvald que: “Cuida-se de qualquer acontecimento natural ou fato de terceiro que, necessariamente, impeça o cumprimento da obrigação. Esse resultado pode ser alcançado pela leitura do parágrafo único do art. 393: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” O Código Civil se contenta com a demonstração do fato ser estranho à vontade do devedor, mesmo que de natureza previsível. Uma série de situações são previsíveis em tese, mas “não nos parece cabível tal exigência, porque, mesmo previsível o evento, se surgiu com força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Obrigações, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 491.

digna e a justiça social ¹²³ao contrato firmado, humanizando o capitalismo¹²⁴ e a busca do lucro, no caso, a compensação da mora pelo banco credor.

Irrefutavelmente, a espera do banco para receber os valores correspondentes a obrigação principal e os juros de mora, não configuram causa que justifique impedimento do devedor na busca pelo direito a vida, aliás os juros remuneratórios e a correção monetária não sofreram alteração, reforçando a intenção de que o objetivo não era o de transferir ao credor o infortúnio do devedor, mas sim resguardar o contrato para que pudesse cumprir a sua função.

Neste sentido, Antônio Jeová Santos ¹²⁵, defendendo a aplicação prática de sua função social, afirma que o contrato é um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade. Nessa esteira, a função social do contrato obriga a todos do mundo jurídico a harmonizar o direito com a vontade de lucrar muito e mais como é próprio do sistema capitalista. Além de enxergar o contrato como instrumento jurídico, terá de observar que ele tem forte conteúdo de justiça e de utilidade.

Na balança da justiça, de forma a satisfazer os interesses da Constituição, houve por bem o TJSP em demonstrar que os direitos creditórios da instituição financeira, não deveriam sobressair naquela determinada situação, pois configuraria o tolimento do direito do devedor a lutar pela vida do filho, conforme lavrado pelo magistrado no voto¹²⁶.

Vejamos:

Tudo está a redundar e a ter domicílio na função social do contrato que se assenta em duas bases sólidas: uma realista porque se apoia em fatos empiricamente observados na vida social; socialista, porque busca preservar a coerência dos elementos sociais. Daí porque é possível se dizer que *"toda-regra jurídica imposta aos homens não se baseia no respeito e na proteção do direito individual, que não existem, e de uma manifestação de vontade individual, que 'por si mesma não produz efeito social algum, mas na solidariedade da estrutura social"*, como observam ARAKÊN DE ASSIS, RONALDO ALVES DE

123 O artigo 170 da Constituição Federal diz que a ordem econômica tem como objetivo a existência digna conforme os ditames da justiça social, enfatizando o caráter humanista da nossa economia.

124 Podemos enxergar de alguma maneira o capitalismo como sendo um Direito Humano, do mesmo modo que os Direitos Sociais. Na verdade não é um Direito Humano, mas sim sustentado por ele. Suas principais características se enquadram na primeira dimensão (liberdade e propriedade). O problema que surge é que sempre o capitalismo tenta se impor subjugando os demais Direitos Humanos, e isso não pode ser tolerado. O capitalismo atuando em sua esfera de liberdade a busca do lucro (não é nenhum demérito) e isso deve ser efetuado de maneira que não se neguem ou se firam as demais dimensão de Direitos Humanos. Não é nosso objetivo negar o lucro, ou fazer críticas aos chamados lucros exorbitantes. Entendemos sim, que o capital se organiza para a obtenção do lucro, consagrando assim a livre iniciativa. Isso realmente deve ser assim, mas com limites impostos aos demais direitos humanos. AFONSO, Túlio Augusto Tayano. O Capitalismo Humanista e sua Expressão Constitucional: incorporação no Direito do Trabalho por meio do Direito Econômico. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013. p. 17.

125 SANTOS, Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Método, 2002, p. 126

126 Trecho do voto do Desembargador Moura Ribeiro. Relator da Apelação com Revisão nº 991.06.054960-3 da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

ANDRADE e FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES. Por derradeiro, não se pode afirmar a mora dos devedores porque diante do elemento externo imprevisível, ou acudiam as necessidades do filho doente, ou pagavam o mútuo hipotecário. Optaram e bem pela primeira hipótese, até porque a Constituição Federal assegura, sem nenhuma restrição ou condição, o "direito à vida (art. 5º, *caput*). (Trecho do voto do Desembargador Moura Ribeiro. Relator da Apelação com Revisão nº 991.06.054960-3 da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

Noutro ponto, o também julgador do caso, mas como revisor, o Desembargador Gilberto dos Santos¹²⁷ reforça o caráter humanista do julgado pois não apreciou apenas a letra fria da lei, aprofundando-se na dor enfrentada pelo devedor de modo a emprestar os desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana à situação colocada em apreciação:

(...) Fosse apenas por conta da letra fria da lei, seria até possível afirmar que o fato pessoal do devedor realmente não poderia ser oposto ao credor. Contudo, as regras quase sempre comportam exceção, mormente no campo do Direito, onde cada caso é único em suas particularidades e assim precisa ser considerado e resolvido. RECASÉNS SICHES inclusive bem leciona que "uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada", razão pela qual, para compreendê-la cabalmente, "devemos analisá-la desde o ponto de vista da índole e da estrutura de vida humana" (*Filosofia Del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 1961, p.108). Pois bem, do ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana, é fácil ver que jamais se poderá esperar que os pais prefiram dirigir seus recursos financeiros para pagar as prestações de um financiamento imobiliário, preferindo o tratamento do filho acometido de câncer. Em situações tais, a opção pelo filho é natural, conseqüentemente não sendo razoável exigir conduta diversa. Por conseguinte, possível afirmar também que nessas hipóteses não há fato ou omissão efetivamente imputável ao devedor. E se não há, o devedor não incorre em mora. (Trecho do voto do Desembargador Gilberto dos Santos. Revisor da Apelação com Revisão nº 991.06.054960-3 da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

Mais adiante:

(...) O câncer é doença das mais graves, que produz grandes sofrimentos e no mais das vezes a morte. É inegavelmente um triste acontecimento, uma desgraça, da qual apenas se pode dizer como o poeta: Viva, portanto, amigo. Viva, viva de qualquer jeito, na esperança viva de que o câncer há de morrer de câncer. (CARLOS DRUMOND DE ANDRADE. "Versos Negros (mas nem tanto)". A doença grave e prolongada que atingiu o filho do devedor pode perfeitamente ser havida como fato fortuito (vide CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, tomo II, p. 752). E o caso fortuito ou de força maior serve para afastar a responsabilidade pelos prejuízos resultantes (art. 393, Código Civil), salvo quando o devedor expressamente houver por eles se responsabilizado, o que não foi o caso. De tal maneira, correta a solução dada pelo ilustre Desembargador Relator de afastar os efeitos da mora no período da doença do filho dos apelantes. (Trecho do voto do Desembargador Gilberto dos Santos. Revisor da Apelação com Revisão nº 991.06.054960-3 da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

127 Trecho do voto do Desembargador Gilberto dos Santos. Revisor da Apelação com Revisão nº 991.06.054960-3 da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

O caso encerra, portanto, a instrumentalização da dignidade da pessoa humana em face das imprevisíveis surpresas do cotidiano, como um desafiador problema de saúde. Não está a rechaçar a ideia de que eventual doença sempre poderá nos acometer a qualquer momento, mas que em situações excepcionais, como uma leucemia na casa dos 20 anos de idade, o Poder Judiciário possa, utilizando-se dos mecanismos constitucionais para o resguardo dos direitos fundamentais, proporcionar que a parte mantenha a sua dignidade enquanto luta por um bem da vida maior.

Assim, para aplicação do afastamento dos efeitos da mora contratual, o juiz deve considerar a situação excepcionalíssima, pois a gravidade da questão envolvendo a saúde é subjetiva, podendo haver casos em que uma mesma doença afete mais ou menos agressivamente determinadas pessoas. A comprovação de que a moléstia é de fato grave e que demandará a concentração dos recursos financeiros do mutuário, deve ser o ponto nodal da análise a respeito da possibilidade ou não de se afastar a mora, sendo necessário um olhar extremamente atento do magistrado julgador para identificar a real necessidade de se conceder tal benefício, sempre fundamentando-se no caráter humanista da Constituição Econômica adotada no Brasil.

Aqui, nos parece que a moradia digna no período da convalescença, seja, ao lado do direito a luta pela vida do filho, o que mais representa a fundamentalidade do direito preservado com o provimento do recurso. A garantia de poder morar dignamente e não correr o risco de ser despejado do imóvel, certamente representou um alívio ao indivíduo que deixou de honrar com a prestação ante o fortuito ocasionado pela grave doença que acometia o filho.

Quão grande seria a dificuldade já representada pela doença, se não tivesse a garantia de que o imóvel que abrigava a família não iria ser tomado pelo credor? Por certo que a tranquilidade, pelo menos do ponto de vista da dignidade em poder habitar um lar, não foi ameaçada graças a atuação proativa e humanista de um Tribunal.

Com efeito, nos conforta a ideia de que o direito é uno e deve harmonizar interesses opostos para que a dignidade não se torne algo obsoleto, pois num mundo cada vez mais complexo, é preciso conciliar os interesses de curto, de médio e de longo prazos, que muitas vezes são contraditórios, mas que necessitam ser atendidos mediante sacrifícios proporcionais e justos, no que for possível.¹²⁸

3.1.2 Análise de outros casos na jurisprudência de Tribunais de Justiça brasileiros

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo. O Direito & O Tempo. Embates jurídicos e utopias contemporâneas. "O interesse social no direito privado". Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 80

As Cortes de Justiça brasileiras, timidamente, têm progredido quanto a humanização do capitalismo e sua aplicação nos contratos. Como visto, o caso emblemático julgado pelo TJSP pelo hoje Ministro Moura Ribeiro, foi pioneiro na questão, sobretudo por ter explorado o caráter subjetivo do devedor (grave doença do filho) e a possibilidade de garantir sua moradia digna mesmo não pagando as prestações do mútuo habitacional.

Nota-se que o direito à moradia, representou a própria dignidade humana, visto que caso tivesse perdido o imóvel para o banco credor, lhe seria tolhido até mesmo o direito a lutar pela vida do filho.

Assim, a jurisprudência, a fim de consagrar a função social dos contratos, essencialmente naqueles instrumentos cujo objeto versam sobre direitos existenciais, precisa cada vez mais se valer das disposições humanistas da Constituição Federal no intuito de salvaguardar a dignidade como condição inerente a natureza humana.

Abaixo, a ementa de um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás¹²⁹ em que houve expressamente o prestígio da boa-fé e da função social do contrato para os fins de preservar a dignidade da pessoa humana ante a iminente possibilidade de perda do imóvel que servia como moradia do casal de devedores.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CONSOLIDAÇÃO DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITOS JUDICIAIS NOS VALORES CONTRATADOS, COM AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA MORA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO E DA BOA FÉ OBJETIVA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. I- Os princípios da preservação do contrato e da boa-fé objetiva, que devem ser levados em consideração, junto à letra fria da lei, quando da análise do caso concreto, tendo em vista que os agravados manifestaram interesse na manutenção do negócio, consignando em juízo as parcelas vencidas e vincendas. II- Dada a natureza da relação contratual em evidência - contrato de alienação fiduciária para a aquisição de imóvel destinado à moradia do casal de suma importância a observância da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), que visa resguardar a dignidade da pessoa humana, neste caso, consubstanciada no direito à moradia. III- Não se verificando ilegalidade ou teratologia na decisão judicial que deferiu o pleito liminar, sua manutenção é medida que se impõe. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Agravos -> Agravo de Instrumento 5509915-77.2022.8.09.0051, Rel. Des(a). DESEMBARGADOR SÉRGIO MENDONÇA DE ARAÚJO, 7ª Câmara Cível, julgado em 16/11/2022, DJe de 16/11/2022) <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#> acesso em 12/08/2023

Os recorrentes/devedores, após passarem por severos problemas que ocasionaram no inadimplemento das suas obrigações do financiamento habitacional firmado com a instituição financeira credora, ingressaram em juízo para pagarem as prestações sem que os efeitos da mora pudessem resultar na resolução do contrato.

129 <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#> acesso em 12/08/2023

O Tribunal, entendendo ter havido boa-fé pelos devedores, que queriam pagar os débitos sem contudo rescindir a avença, considerou a função social do contrato para manutenção da intenção originária das partes.

Com o resultado do julgado, o entendimento foi no sentido de que o imóvel utilizado como moradia pelos devedores, por representar importante direito social consagrado na Constituição Federal, deveria ser preservado em razão da manifesta boa-fé dos devedores que queriam quitar os débitos atrasados para não resolverem o contrato e, conseqüentemente, perderem o imóvel alienado fiduciariamente.¹³⁰

Assim, nos termos do voto do relator, o magistrado *a quo* prestigiou os princípios da preservação do contrato e da boa-fé objetiva, que devem ser levados em consideração, junto à letra fria da lei, quando da análise do caso concreto, tendo em vista que os recorrentes manifestaram interesse na manutenção do negócio, consignando em juízo as parcelas vencidas e vincendas.

Outrossim, dada a natureza da relação contratual em evidência - contrato de alienação fiduciária para a aquisição de imóvel destinado à moradia do casal – de suma importância a observância da função social do contrato, que visa resguardar a dignidade da pessoa humana, neste caso, como dito, consubstanciada no direito à moradia. Tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal)¹³¹, mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas, como já dito, a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos.

Noutra hipótese, igualmente valorosa, a Corte de Justiça goiana analisou o caso de um devedor de mútuo habitacional, que por motivos de saúde, deixou de pagar as prestações avençadas depois de já ter integralizado cerca de 80% do contrato.

O entendimento do TJGO foi no sentido de que no direito moderno que leva em conta a boa fé objetiva e a função social do contrato, o exercício arbitrário das potestades pode redundar, em

130 Se o devedor fiduciante deixar de promover o pagamento dos valores em atraso, restará configurado e documentado o seu inadimplemento contratual, ou seja, pela mora, chamamento para sua purgação e inércia em relação à mesma, tem-se que ele não terá mais condições de cumprir o que havia ajustado ou, se o tem, não mais deseja. Neste ponto da relação contratual é que aflora a qualidade das garantias contratuais previstas e a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis se apresenta como uma opção, tanto em relação ao credor fiduciário, que poderá, cumpridas as exigências legais, recuperar rapidamente a garantia real vinculada ao contrato, quanto ao devedor fiduciante, pois este terá a certeza de que não haverá débitos remanescentes após a consolidação da propriedade plena em favor daquele. Dessa forma, depois que o oficial do Registro de Imóveis certificar que o devedor fiduciante, devidamente intimado, por meio de notificação pessoal ou por edital, deixou de promover a purgação da mora em que incorria, promoverá a consolidação da propriedade, que até aquele momento tinha caráter resolúvel, em favor do credor fiduciário. HOFFMAN, Dirceu. *Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2013. p.115/116

131 Art. 5º, inciso, XXXII CF - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 12/08/2023

interpretação voltada para a consecução do bem comum, em flagrante injustiça e – em última análise – violação dos predicados constitucionais da dignidade da pessoa humana e outros direitos individuais e sociais (como a saúde, a moradia e outros).

Portanto, levando-se em conta a função social dos contratos, impõe-se a relativização do disposto no art. 475 do Código Civil, que permite ao agente resolver a relação contratual por inadimplemento, sem praticar qualquer ato atentatório à dignidade humana.

Abaixo o acórdão¹³² do caso:

Embargos de Declaração. Apelação cível. Execução de sentença. Boa fé objetiva. Relativização do disposto no art. 475 da Lei Civil. Reexame da causa. Omissão. Vício inexistente. Prequestionamento. 1 - No direito moderno que leva em conta a boa fé objetiva e a função social do contrato, o exercício arbitrário das potestades pode redundar, em interpretação voltada para a consecução do bem comum, em flagrante injustiça e - em última análise - violação dos predicados constitucionais da dignidade da pessoa humana e outros direitos individuais e sociais (como a saúde, a moradia e outros) 2 - Levando-se em conta a função social dos contratos, impõe-se a relativização do disposto no art. 475 da Lei Civil, que permite ao agente resolver a relação contratual por inadimplemento, sem praticar qualquer ato atentatório à dignidade humana. 3 - Não verificadas as hipóteses previstas no artigo 535, I e II, do CPC, a rejeição dos embargos de declaração é medida necessária, inclusive, quando restar configurado que o embargante almeja somente a rediscussão da matéria exposta no acórdão recorrido. 3 - Inexistente qualquer vício, os aclaratórios não se prestam para o fim de prequestionamento. Embargos conhecidos e rejeitados.(TJGO, APELACAO CIVEL 41298-70.2012.8.09.0051, Rel. DES. WALTER CARLOS LEMES, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 11/03/2014, DJe 1508 de 21/03/2014)<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=prev#> acesso em 13/08/2023.

Ressalta-se que a interpretação conjunta de diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais encaminham o entendimento de que a resolução contratual não deve ser a primeira possibilidade a se tentar quando houver indicação de que a manutenção do contrato seja a forma mais apropriada de se assegurar a dignidade do contratante.

Para isso, o olhar aprofundado nas características da função social do contrato, como já destacado no item 2.1 do segundo capítulo deste trabalho, deve pautar o veredito do julgador ao sentenciar o caso concreto.

O art. 475 do Código Civil¹³³ merece ser interpretado de modo que o direito da parte lesada a resolução do contrato não pode se sobrepor a eventual ofensa a direitos fundamentais do devedor.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹³⁴, a resolução só deve ser imposta quando o inadimplemento for grave, substancial, restando afastado, conseqüentemente, em casos de

132 <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=prev#> acesso em 13/08/2023.

133 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 13/08/2023

134 <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> acesso em 03/10/2023

escassa importância, de modo a permitir a parte lesada somente a busca da tutela específica ou o equivalente em dinheiro, com acréscimo de perdas e danos em ambos os casos.

Vejamos aresto que culminou no citado entendimento:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. RESCISÃO. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. NECESSIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REQUISITOS. NULIDADE PARCIAL. MANUTENÇÃO DO NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO. BOA-FÉ OBJETIVA. REQUISITOS. - A ausência de interpelação importa no reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, não se havendo considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Precedentes. - A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo. - Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação. - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirir seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 981.750/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/4/2010, DJe de 23/4/2010.)

No episódio em estudo (caso julgado pelo TJSP), o devedor já havia pago 80% do valor total contratado, o que certamente configurou o adimplemento substancial da avença. Por certo, que o desfazimento do negócio jurídico não iria beneficiar nem uma parte nem outra, pois o credor teria de devolver, após as deduções contratuais, as importâncias recebidas, e o devedor, na posse do bem a anos e já visualizando a possibilidade de quitação integral, teria que entregar o imóvel usado como moradia de sua família.

Com maestria, analisando com viés humanitário a causa, o julgador aplicou a construção doutrinária e jurisprudencial do adimplemento substancial do negócio, prestigiando-se a integridade dos direitos fundamentais do devedor e relativizando-se a máxima da exceção de contrato não cumprido.

Referido entendimento foi, inclusive, considerada sua importância, objeto de edição de enunciado pelo Conselho da Justiça Federal¹³⁵, conforme abaixo:

135 <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472> acesso em 13/08/2023

Enunciado 361 CJF: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472> acesso em 13/08/2023.

Deste modo, a interpretação da exceção de contrato não cumprido, não poderá afastar os balizantes princípios da boa-fé e da função social do contrato, visto que a dissociação e aplicação isolada do art. 475 do Código Civil, destoa das diretrizes constitucionais de preservação dos direitos humanos fundamentais.

Não significa que o intérprete/julgador encerrará o direito a resolução da avença e a indenização por perdas e danos pelo credor obrigando-o a se manter em uma posição sem sua vontade. O que de fato objetiva a interpretação aqui defendida, é que quando se constatar um escasso ou exíguo inadimplemento, o objetivo inicial das partes seja alcançado com a intervenção judicial para que o descumprimento de baixa importância não alcance grandes proporções, como no tolimento do direito à moradia.¹³⁶

Por fim, aludimos a um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná durante a fase crítica da pandemia de Covid-19.

O insigne acórdão manteve a decisão proferida pelo juízo de primeira instância que indeferiu um pedido liminar de um locador para que despejasse o locatário. O contrato havia se encerrado e o locatário encontrava-se inadimplente e na posse do bem. O locador arguiu que precisava reaver a posse para locar a casa a outra pessoa, visto que o valor recebido a título de aluguel representava a complementação de sua renda.

Lado outro, o locatário/devedor afirmou que pelas gravíssimas restrições impostas pela pandemia, não conseguiu recursos para pagar os débitos atrasados e, naquele momento, não tinha nenhum lugar para ir caso deixasse o imóvel.

136 “(...) a teoria do adimplemento substancial veda à parte lesada pelo inadimplemento a busca da resolução do contrato quando o adimplemento for substancial, ou seja, quando o inadimplemento for de escassa importância. Segundo a doutrina pátria, tal teoria deve ser adotada no Direito brasileiro, seja em razão da boa-fé objetiva, na sua função de controle (limitação ao exercício das posições jurídicas ou direitos subjetivos), visto importar em exercício desequilibrado do direito à resolução ante a pequenez do inadimplemento (pequena lesão que acarreta grande sanção), seja em razão da função social do contrato, já que visa à conservação do negócio. Sem sombra de dúvida, não se pode permitir que a resolução do contrato se dê nas situações em que o adimplemento parcial se aproxima da conduta devida, porquanto há necessidade de observar a justiça contratual, isto é, a proporcionalidade. O Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, entendeu pela aplicação da teoria do adimplemento substancial. Por sua vez, o legislador do Código Civil, ao tratar da faculdade resolutória do art. 475, não adjetivou o inadimplemento necessário para permitir ao credor exercer o seu direito potestativo. Assim, urge fixar o entendimento de que só é admissível a resolução do contrato quando o inadimplemento for grave, substancial, restando afastado, consequentemente, quando for de escassa importância, permitindo-se à parte lesada somente a busca da tutela específica ou o equivalente em dinheiro, com acréscimo de perdas e danos em ambos os casos.” FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: contratos, teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Salvador: Juspodvim. 2021. p. 169

O TJPR¹³⁷ ao apreciar a questão, a nosso ver, acertadamente, fundamentou-se expressamente na teoria do capitalismo humanista, dando contornos humanitários aos princípios da ordem econômica e financeira listados no art. 170 da Constituição Federal.

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO COM COBRANÇA DE ALUGUEL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE INDEFERIU A PRETENSÃO LIMINAR. ORDEM DE DESPEJO. DEMANDA DE CUNHO ESTRITAMENTE PATRIMONIAL. PONDERAÇÃO. DIREITO PATRIMONIAL E DESPEJO NA SITUAÇÃO FÁTICA ATUAL. PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS CIENTIFICAMENTE DENOMINADO SARS-COV-2.1. Primeiramente, é público e notório que a moléstia viral causada pelo vírus cientificamente denominado SARS-CoV-2 retirou de toda a população mobilidade, condições de trabalho e de vida social.2. As consequências causadas pela pandemia que assola, não só o país, mas o mundo, serão inevitáveis para a economia, de modo que foram editadas regras específicas e temporárias para disciplinar as relações jurídicas e sociais.3. Os entes federativos têm mobilizado esforços no intuito de conter a propagação da pandemia de Covid-19, bem como de propiciar estrutura que possibilite a identificação de casos e atendimento adequado aos indivíduos acometidos pela doença.4. A concretude humanitária do art. 170 da Constituição da República de 1988, é desenvolvida pelo denominado capitalismo humanista, o qual por desvelar, enquanto ordem econômica, o regime jus-econômico, entende-se apto a implementar o Estado necessário condutor da sociedade civil fraterna que estará a garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.5. O vertente caso legal (concreto) possui natureza exclusivamente patrimonial, pelo que não se evidencia urgência, adstrita a direitos indisponíveis e passível de dano irreparável, a fim de justificar o deferimento, excepcionalmente neste momento, da ordem de despejo pleiteada.6. Recurso de agravo de instrumento conhecido, e, no mérito, não provido. (TJPR - 17ª Câmara Cível - 0018483-28.2021.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: DESEMBARGADOR MARIO LUIZ RAMIDOFF - J. 25.10.2021) https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017190601/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0018483-28.2021.8.16.0000#integra_4100000017190601 acesso em 14/08/2023.

As adversidades ocasionadas pela pandemia e as suas perversas consequências econômicas, motivaram a decisão que assegurou provisoriamente o devedor na posse do bem locado, garantindo-lhe, do ponto de vista do direito à moradia, a sua dignidade.

Mais que isso, o julgado demonstrou, a exemplo do defendido nesta pesquisa, que direitos disponíveis, sobretudo patrimoniais, não devem prevalecer quando ameaçam a preservação de direitos fundamentais do ser humano, de modo que a dignidade como base da sociedade, deve estampar as relações econômicas, mesmo que para isso seja necessário a sua imposição pelo Poder Judiciário.

O relator, proficientemente, esclareceu que os prejuízos por não poder locar o imóvel a terceiros, bem como não receber o valor da locação atual, resumiam-se a danos de natureza patrimonial, de modo que há de se ponderar os riscos, de um lado de natureza meramente

137 https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017190601/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0018483-28.2021.8.16.0000#integra_4100000017190601 acesso em 14/08/2023.

patrimonial e de outro social, qual seja, o despejo de imóvel residencial durante a pandemia de Covid-19 com a inevitável ameaça ao direito de moradia da parte.

Restou clara na manifestação do julgador, o viés humanitário da decisão que afastou a mora e seus efeitos do contrato de locação entabulado, homenageando-se a dignidade humana do locatário.

Outrossim, afirma-se, mais uma vez que o entendimento não se trata de autorização para não realizar pagamentos devidos, pois como disposto no julgamento, embora, naquele momento, a desocupação do imóvel fosse suspensa, é certo que os valores em atraso deveriam ser pagos ao final da demanda.

Nesse contexto, ante o confronto de direitos patrimoniais disponíveis e fundamentais indisponíveis, considerou-se razoável admitir que o credor suportaria menores prejuízos com a espera da desocupação do imóvel do que se o devedor ficasse desabrigado.

Tal assertiva, utilizada como pretexto do afastamento da mora nos casos expostos, se valeu da interpretação humanista do direito econômico que trata o capitalismo como um mecanismo de realização da dignidade da pessoa humana e não algo apartado ou antagônico dela. É dizer que o capital e os direitos humanos não são inimigos, mas podem conviver de forma a se complementarem, empregando-se um caráter fraternal e solidário ao direito a liberdade e a igualdade.

Segundo Ricardo Sayeg e Wagner Balera¹³⁸ o capitalismo, não obstante ser o modelo econômico predominante e inevitável para o modo de vida adotado pela sociedade contemporânea, provoca, invariavelmente, danos aos direitos fundamentais do ser humano na medida em que priva certa parcela da população, as necessidades básicas como saúde e alimentação digna. Essas externalidades negativas do capitalismo, merecem ser combatidas para que seus efeitos não resulte em abismos sociais como visto em diversos países mundo afora.

Os autores destacam a necessidade de um planeta humanista de direitos, com a satisfação universal da dignidade humana, fundada em princípios cristãos indicativos de que a sociedade é, na verdade, uma irmandade de seres humanos que devem respeito e ajuda recíproca com o Estado atuando de maneira preponderante para o reguardo destas garantias.

Logo, a atuação estatal em todas as suas vertentes, deve ter o propósito de assegurar estes direitos existenciais, sem contudo, inviabilizar o exercício das liberdades individuais como por exemplo a livre iniciativa e o direito a propriedade privada.

138 SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. O capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora KBR, 2011. p. 18/27.

Por certo não se trata de tarefa das mais fáceis, o equilíbrio entre um Estado interventor (igualdade) e liberal (liberdade), mas é na fraternidade corolário a solidariedade, que encontra-se a sensatez para uma justa implementação de um modelo econômico.

Sobre o assunto, válido o escólio de Fábio Konder Comparato¹³⁹, no sentido de que a fraternidade (solidariedade) é submeter a vida social ao valor supremo da justiça. Isso nos mostra que, em casos concretos, o Estado por seu braço judicial, deve fazer justiça combinando traços solidários em nossa economia capitalista. O juiz ao buscar no jus-humanismo¹⁴⁰ a fundamentação de suas decisões, demonstra que ainda que o capital seja o combustível que move a sociedade, é o ser humano o personagem central deste paradigma.

3.2 A realização da dignidade da pessoa humana pelo Poder Judiciário

O Código de Ética da Magistratura Nacional¹⁴¹ estabelece que:

Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura. Diário da Justiça 18/09/2008 <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> acesso em 14/08/2023.

O dispositivo que instrumentaliza as regras éticas dos magistrados no Brasil, enfatiza o dever que os juízes possuem para garantir a dignidade da pessoa humana. Não se trata apenas de norma sugestiva de cumprimento facultativo, mas sim que a magistratura, no desenvolvimento da própria atividade jurisdicional, dê amparo a realização deste fim.

Aos juízes compete, nos casos concretos, implementar a justiça com base nos preceitos da Constituição Federal. A justiça a que nos referimos é aquela destinada a garantir o exercício dos direitos fundamentais, sem a qual é impossível asseverar que houve verdadeiramente justiça a determinado caso.

139 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4ª ed. Saraiva: São Paulo. 2006. p.38

140 ‘Pela filosofia humanista do Direito Econômico, os direitos humanos prevalecem em relação aos ordenamentos jurídicos, se adensando ao capitalismo. Sendo assim, mesmo o capitalismo liberal deve respeitar a multidimensionalidade dos direitos humanos. A igualdade a liberdade e a fraternidade são as melhores formas de adensamento estruturante do capitalismo em benefício de todos. Quem atuará nesta perspectiva, corrigindo inconvenientes e compatibilizando situações, é o espírito da fraternidade. Essa compatibilização do capitalismo, que se dará com a presença da fraternidade será conferida pelo jus-humanismo que assegurará a proporcionalidade, pois o seu fim é a dignidade da pessoa humana, mesmo em um ambiente de livre iniciativa. “AFONSO, Túlio Augusto Tayano. O Capitalismo Humanista e sua Expressão Constitucional: incorporação no Direito do Trabalho por meio do Direito Econômico. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013. p. 24.

141 <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> acesso em 14/08/2023

O senso de justiça passa, necessariamente, pela análise da dignidade da pessoa humana, visto que todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional é voltado para este mesmo objetivo.

O Judiciário, ao literalmente realizar a justiça, atua como instrumento de implementação de direitos, pautado-se na razoabilidade e proporcionalidade das decisões que solucionam os casos concretos, pois, do contrário, não existiria a necessidade de um poder constituído para resolução de demandas práticas.

Neste contexto, a muito a figura do juiz, como idealizado por Kelsen¹⁴², deixou de ser mero intérprete da lei que apenas impõe o direito ao fato. Aliás, a própria concepção de direito deve ser ampliada para que os fatos sociais adentrem às leis, doutrinas e jurisprudência, não sendo possível uma análise isolada da letra fria da lei ou de um superado entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Entendemos que o direito é volátil e deve se integrar a sociedade, adaptando-se aos seus anseios para que não seja uma ciência atrasada que não acompanha o seu tempo. Muitas das demandas o final do século passado já não tem mais razão de ser, lado outro, surgiram inúmeras situações colocadas a julgamento inimagináveis num contexto de 20 ou 30 anos atrás.

O modo como a sociedade evolui pauta o mundo jurídico. Os operadores do direito precisam estar atentos às mudanças sociais que ocorrem quase que diariamente e, principalmente, aos conceitos que outrora recebiam tratamento diverso.

No campo de discussão do presente trabalho, podemos citar a revolucionária inclusão dos requisitos para a validação dos contratos entre particulares, que agora são condicionados a sua função social (art. 421 Código Civil), expressão que até pouco tempo não era concebida entre grande parte do mundo jurídico, sobretudo nas relações entre particulares.

A Constituição de 1988 alçou, ainda, fundamentos e princípios que colocaram os direitos de primeira e segunda dimensão sob a condição de que a sociedade, como um todo, fosse parte interessada na relação jurídica estabelecida por particulares.

É o que ocorre, por exemplo, com a função social da propriedade, o direito do consumidor, do trabalho e ambiental. Muito embora, a relação travada envolvendo tais questões possa parecer

142 Desenvolvida por Hans Kelsen a Teoria Pura do Direito reduz a expressão do Direito à norma jurídica, devendo ser aplicada livre de interpretações axiológicas. O Direito, na visão do autor compreende uma estrutura puramente normativa. Para Kelsen os fatos sociais e os valores, como a Justiça, não são fatores que conduzem à legitimação do Direito. A norma jurídica aceitaria qualquer conteúdo, estando todos obrigados a impor-se a sua imperatividade, mesmo que seja considerada imoral ou injusta. A citada teoria pode ser considerada o auge da trajetória juspositivista no sentido de alicerçar na ciência, no conhecimento empírico, a organização social estabelecida através de normas. Entretanto, tal teoria demonstra insustentabilidade ao reduzir à norma o Direito, tendo em vista que este possui um conteúdo muito mais amplo, sendo o juiz um aplicador do Direito e não da norma jurídica pura. KELSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.25.

que não exista nenhum interesse público, em verdade, a todos eles é dispensado o tratamento de direito difusos, indivisíveis e que contemplam grande parte da população.

O Estado pode não ser diretamente interessado em uma relação trabalhista, mas compete fiscalizar o contrato para que direitos de base, fundamentais não sejam ofendidos. Do mesmo modo, nas relações que o consumidor como parte vulnerável tem especial proteção, visto que constitui princípio da ordem econômica a defesa do consumidor.

Portanto, nota-se que a Constituição sempre atuará como pano de fundo para validação das relações entre particulares, exigindo-se de ambas as partes o cumprimento da função social que o contrato representa e da observância dos princípios insculpidos em nossa constituição econômica.

Para tanto, o Poder Judiciário, de igual modo, teve que se adaptar rapidamente a este novo conceito de função social encrustado ao Direito Econômico, pois nos casos concretos, caberá a ele dar a última palavra quanto ao cumprimento ou não das normas exigidas.

Longe de esgotar o debate acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário nas relações contratuais, o fato é que a simples aplicação da *pact sunt servanda* não mais se adéqua aos tempos hodiernos. O julgador deve estar atento aos fatos apresentados nos autos e a todo contexto social que um processo pode representar. As condições subjetivas das partes podem indicar que a resolução de casos aparentemente idênticos, não sejam tão iguais, merecendo um olhar mais aprofundado nas peculiaridades de cada quizila colocada a apreciação.

A exemplificar, temos que a dignidade humana pode ter diferentes concepções dependendo da visão de uma ou outra pessoa ou um ou outro julgador. O juiz, entretanto, deve ter ciência do conceito amplo do que representa a dignidade humana na vida das pessoas, estabelecendo padrões mínimos cuja observância visa assegurar a existência digna do ser humano ou seja, garantir o que há de mais fundamental para sobrevivência.

Com efeito, em se tratando de moradia digna, todo o contexto social e pessoal das partes envolvidas devem ser rigorosamente apreciados.

Com grande parte da população brasileira endividada¹⁴³, certamente tramita, neste momento, nas Cortes de Justiça do país, milhões de demandas judiciais envolvendo contratos cuja causa de pedir compreende o não cumprimento das obrigações assumidas pelos contraentes.

143 Pesquisa mostra que 78,5% das famílias brasileiras estão endividadas. O percentual de famílias que relataram ter dívidas a vencer avançou 0,2 ponto percentual (pp) em junho de 2023, atingindo 78,5% das famílias no país. As que se consideram muito endividadas são 18,5% desse total. Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), que divulgou os números nesta terça-feira (11), este é o maior volume da série histórica, iniciada em janeiro de 2010. Os dados fazem parte da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), apurada mensalmente pela CNC. De acordo com a CNC, o aumento do número de endividados interrompeu uma sequência de quatro meses de estabilidade do indicador. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/pesquisa-mostra-que-785-das-familias-brasileiras-estao-endividadas> acesso em 14/08/2023.

Ao analisar as demandas e definir a resolução dos casos, cabe ao Judiciário, primeiramente, identificar o que, de fato, verse sobre direitos existenciais, ou seja, aqueles direitos e garantias fundamentais a sobrevivência digna de um indivíduo. A resposta parece estar indicada no art. 6º da Constituição Federal, ao elencar como direitos sociais elementos que, em tese, garantem a dignidade das pessoas (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados).

Dado o limite da presente pesquisa, o direito à moradia foi o escolhido para a análise de como o Poder Judiciário têm lidado nas demandas em que devedores de mútuos habitacionais, firmados com o objetivo de moradia própria, deixam de cumprir suas obrigações contratuais em virtude de imprevistos extremos ligados à saúde, ficando expostos a indignidade.

Nos itens anteriores, foram abordados casos práticos em que a mora contratual foi temporariamente afastada para que a dignidade da pessoa humana viesse a ser resguardada ante a iminente possibilidade de grave ofensa ao direito fundamental da moradia.

Analizou-se que, ao aplicar os conceitos humanistas de direito econômico, decidiram os julgadores que o devedor que comprova o fortuito que afeta a sua saúde de maneira severa, cuja a causa não lhe seja imputada, não poderá ser privado do direito à moradia digna, pois entende-se que um direito fundamental de uma pessoa que deve, não pode ser preterido por um direito patrimonial disponível de um credor. O posicionamento inclusive encontrou abrigo tanto para casos de financiamentos habitacionais quanto para contrato de locação residencial cujo inadimplemento ocorreu em razão da pandemia (ver item 3.1.2 do terceiro capítulo).

De mais a mais, o que se extrai do juízo de valor encontrado nos citados julgados é a necessidade de intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, para que a dignidade da pessoa humana seja preservada. O bem da vida tutelado é exponencialmente mais valioso do que o crédito do credor. Ademais, é necessário rigor na apuração das circunstâncias fáticas enfrentadas pelo devedor, sob pena de, indiscriminadamente, conferir estes benefícios a devedores não necessitados.

O afastamento temporário da mora é exceção justificada na excepcionalidade momentânea que ensejou a cessação do pagamento das obrigações. O devedor precisa demonstrar sua boa-fé e que posteriormente arcará com os custos da suspensão dos encargos, já que o que deve ser imposto ao credor é a impossibilidade de reaver o bem imóvel durante determinado período de tempo e não de renúncia definitiva ao crédito.

Na nossa visão, o Direito Econômico fornece os mecanismos e condições para aplicação nos casos concretos, equilibrando-se nesta tênue balança da justiça, as liberdades individuais de um

estado capitalista liberal e as garantias sociais proporcionadas pelo Estado, tudo visto sob a luz da proporcionalidade que a fraternidade induz.

Como aludido pelos juristas que enxergam o capitalismo sob o viés humanitário, o lucro é inerente ao modelo capitalista de economia por nós adotado, mas não pode ser tão dominante a limitar a própria dignidade da pessoa humana.

Até que ponto é aceitável a busca voraz pelo lucro numa economia capitalista? Entendemos que a livre iniciativa não é absoluta, sendo passível de, em determinados casos, ser limitada pelo Poder Judiciário, mormente quando há completa anulação da justiça social e grave ofensa a existência digna do ser humano.

O artigo 170 da Constituição Federal emana uma economia interligada as necessidades do ser humano, pois possibilita a interpretação de que os direitos humanos são inerentes aos direitos econômicos, posicionamento adotado também por Vladimir Oliveira da Silveira e Ernani Contipelli¹⁴⁴, que asseveram que a ordem econômica brasileira exprime uma clara preocupação com a dignidade da pessoa humana, sendo que na Constituição se apresenta como um princípio

144 “Os direitos humanos surgem por intermédio da dinamogênese dos direitos, que a cada reclamo social cria uma nova geração de direitos humanos e traz como consequência uma nova dimensão dos direitos fundamentais. 2. O direito econômico é fruto da segunda geração de direitos humanos que apresenta a igualdade como valor a ser perseguido. Note-se que este direito é expressão chave da idéia de um pacto social, que contempla uma determinada finalidade, a qual deve ser cumprida pelos instituidores da sociedade civil, na ordem econômica, juridicamente considerada. Sendo assim, a regência da economia não é ideológica, mas sim jurídica e deve ser implementada com base nos princípios vinculantes dessa ordem, em sintonia com os direitos humanos econômicos, consagrados e acordados pela comunidade internacional. 3. Notadamente os direitos humanos de terceira geração estão direcionados para a tutela da solidariedade (fraternidade). Dentro deste novo olhar supera-se a exclusividade da tutela estatal, isto é, não se permite mais fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoas, ou seja, vinculada a este ou àquele Estado, mas sim como um gênero, que possui anseios e necessidades comuns. Oportuno assinalar que é imprescindível a união de esforços na construção de um mundo melhor, canalizando a preocupação com a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, entre outros temas difusos e globais. 4. Esta última geração que surge com o fim da segunda guerra mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) inaugura uma perspectiva de solidariedade e cooperação internacional, na qual o Estado Nação se transforma em Estado Constitucional Cooperativo. 5. O Brasil acolheu a idéia de uma Constituição Econômica, no bojo de sua disciplina “Da ordem econômica e social”. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu logo no início, propriamente no artigo 1º, incisos III e IV, que a República tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, afirma que nosso regime de produção é o capitalista, porém um capitalismo que deve levar em consideração também a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desse modo, na lógica capitalista que vigora no nosso ordenamento foram introduzidos novos elementos que a compatibilize com outros valores fundamentais da Constituição vigente. 6. Por sua vez, o direito ao desenvolvimento, como desdobramento dos Direitos Humanos Econômicos, apresenta-se como uma nova dimensão destes direitos, na qual passarão a ter uma preocupação solidária e global. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais econômicos brasileiros foram instituídos na Constituição Federal/1988, principalmente no art. 170 e seguintes. Registre-se que tais direitos são exigíveis tanto interna como internacionalmente e visam garantir o desenvolvimento integral tanto do indivíduo em relação ao seu Estado, como também dos Estados em relação a Comunidade Internacional. SILVEIRA, Vladimir Oliveira. CONTIPELLI, Vladimir. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da solidariedade: Desenvolvimento Integral. Revista Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2011. p.15/18 <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani/contipelli.pdf> . Aesso em 14/08/2023.

estruturante e germina na ordem econômica por intermédio dos princípios constitucionais especiais econômicos, dispostos nos nove incisos do *caput* do artigo 170 da Constituição Brasileira.

Desta forma, complementam os autores, a análise do direito econômico nacional deve se orientar por esses valores eleitos pela sociedade brasileira, por intermédio de seus constituintes, para buscar traspassar o ideário democrático – governo do povo, para o povo e pelo povo – da esfera política para a econômica.

A propósito, o capitalismo humanista, desenhado num plano de Direitos Humanos Econômicos foi, no ano de 2014, objeto de Proposta de Emenda à Constituição (PEC)¹⁴⁵ no intuito de que fosse inserido a observância dos direitos humanos como princípio inerente a ordem econômica, além de constar expressamente a expressão “capitalismo humanista” como o regime econômico adotado pelo país.

145 Nos termos da Proposta de Emenda à Constituição nº 383/2014, de autoria do Deputado Federal Sebastião Bala Rocha, o texto do *caput* do art. 170 seria alterado para a seguinte redação: Art. 170. A ordem econômica, sob o regime do capitalismo humanista, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. Além disso a proposta trazida a inserção do inciso X, contando-se a observância dos direitos humanos como princípio da ordem econômica financeira. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606656> acesso em 15/08/2023

Segundo a justificação anunciada na exposição de motivos da PEC¹⁴⁶, os direitos humanos e o capitalismo com foco central na humanidade, equilibra as desigualdades desencadeadas pela adoção do capitalismo liberal e as adversidades criadas com a livre iniciativa, que deve ser associada ao direito pela busca de melhores condições de vida.

Assim, a Constituição, quanto à regência da ordem econômica, deve impor à economia de mercado a observância dos direitos humanos, consagrando-se a defendida análise humanista do Direito Econômico, tese, inclusive, que se amolda a linha de pesquisa do presente trabalho.

Embora digno de aplausos e, mais que isso, aprovação, a proposta ainda não foi ultimada, contando-se no site da Câmara Federal que a última movimentação legislativa se deu em 31/01/2023 na Comissão de Constituição e Justiça.¹⁴⁷

Nada obstante não ter havido, pelo menos por enquanto, a aprovação da PEC, convém esclarecer que mesmo com a redação atual do art. 170, parece-nos que a ordem econômica e financeira possibilita, sem subterfúgios, a interpretação da indissociável interligação do capital e do ser humano, estando um a complementar o outro.

O lucro somente é viável através da ação de pessoas humanas. Portanto essas pessoas devem ser colocadas no centro deste sistema, de modo que o capitalismo seja a forma de se alcançar o

146 Trecho da justificativa de motivos para apresentação da PEC 383/2014 “Filósofos, juristas e segmentos sociais debatem a pobreza e a exclusão social como sinônimo de extrema violência, e a questão vai além do debate como mecanismo institucional, porém, não há que olvidar, que a concretização dos direitos da humanidade passa pela positividade como instrumento de coerção para que o Estado garanta o mínimo vital para a humanidade. Num plano nacional, a nossa Constituição Federal apresenta como objetivo fundamental da República, em seu art. 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais. Na atualidade, o verdadeiro desafio da ordem jurídica é dar às cláusulas gerais constitucionais os contornos necessários para que as liberdades e o fim social previstos na ordem econômica constitucional vigente consigam compatibilizarem-se e alcançar a efetividade, ou seja, é imperativo que o conteúdo da norma constitucional seja preenchido, há um só tempo, pelos valores da economia capitalista de mercado e da dignidade da pessoa humana. O fundamento constitucional da livre iniciativa é de ser compatibilizado com a dignidade geral da população como valor indissociável ao direito à vida, que, por sua vez, está intrinsecamente ligada ao direito de buscar melhores condições de existência, voltando-se então, para linha do direito econômico e para uma ordem social que necessariamente precisa ser efetivadora dos valores humanos, sob o risco de se afundar na fria estrutura do liberalismo econômico, e, conseqüentemente perpetuar a pobreza e as desigualdades, contra os objetivos fundamentais da República identificou na Constituição Federal a impositividade de instituição de um regime constitucional econômico capitalista humanista, que impõe à economia de mercado a observância dos direitos humanos. O capitalismo humanista após a aludida pesquisa realizada na PUC/SP passou a ser científica e tecnicamente reconhecido de paradoxal para conceito consubstancial de uma categoria jurídica da ordem econômica constitucional que está, a um só tempo, a garantir a prosperidade privada e pessoal de cada cidadão, na medida de suas potencialidades individuais; e, ainda, a assegurar igual prioridade constitucional a que todos tenham direito a níveis dignos de subsistência, isto é ao mínimo existencial, sem o que jamais serão de fato concretizados os direitos humanos. Enfim, que se explicita na Constituição Federal, quanto à regência da ordem econômica, o capitalismo humanista, pois, como bem assevera o ilustre Professor em sua obra “O capitalismo deve avançar no rumo de uma economia humanista de mercado, consagrando, conseqüentemente, uma análise humanista do Direito Econômico” (p. 176), complementando, afirma que “desenvolvidos são os países em que todo o povo está inserido na evolução política, econômica, social e cultural, conquistando acesso a níveis de vida que atendam, pelo menos, ao mínimo vital, e em que haja respeito à humanidade e ao planeta.”

147 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606656> acesso em 15/08/2023

lucro por meio da valorização do ser humano, proporcionando-lhe condições existenciais mais adequadas e esperançosas, e não de exploração e abuso desta parcela menos favorecida da população.

É dizer que o capitalismo deve proporcionar os mecanismos para que os pobres tenham acesso à condição de alçá-los a uma posição melhor na sociedade, e não que sejam condenados a viver na pobreza eternamente.

Neste propósito, o Direito Econômico possui papel providencial e o Poder Judiciário deve atuar para que as discrepâncias sociais não se traduzam na perda da dignidade da pessoa humana, consubstanciada na garantia dos direitos sociais.

Num contrato de cunho econômico em que um banco, no exercício puro do capitalismo, empresta certa quantia de dinheiro para que uma pessoa adquira a casa própria (direito à moradia), é salutar que tanto o caráter econômico quanto o caráter humano sejam observados para que não haja extermínio de um direito por outro.

O direito ao crédito e o direito à moradia, quando colocados frente a frente em uma demanda judicial, deve ser minuciosamente averiguada as questões humanas que ensejaram o não pagamento da dívida, pois a inadimplência poderá ter motivos variados, relevantes ou irrelevantes.

O fator humano, ou seja, o motivo que fez com que o devedor deixasse de pagar a prestação assumida, não deve representar o automático perdão do credor, mas também não pode ser ignorado que em algumas situações específicas, como fortuitos inesperados decorrentes de graves problemas de saúde, possa servir a justificar o não pagamento.

Do mesmo modo, também não significa dizer que, constatada a situação de infortúnio, seja o devedor isento ou liberado do pagamento pelas mãos do Judiciário, mas sim que terá um tempo para respiro sem que a seu direito à moradia digna seja extirpado sorrateiramente, como ocorre, por exemplo, em ações de imissão de posse contra devedores que perderam o bem para o credor fiduciário, quase sempre um banco, ou em execuções hipotecárias em que o bem utilizado para moradia própria tenha sido ofertado em garantia da dívida contraída.

Em casos tais, como vem sendo defendido ao longo desta pesquisa, advogamos a tese de que ao Judiciário caberá, com fulcro na justiça social e na existência digna do ser humano (art. 170 CF), tutelar a dignidade representada pelo direito à moradia, desde que comprovada a existência de um caso fortuito sem culpa do devedor, como por exemplo, no caso julgado pelo TJSP reportado no item 3.1.1 como caso piloto deste trabalho (caso em que o devedor teve a mora contratual afastada por comprovar que não pagou as prestações do mútuo habitacional em virtude de alocar todos os

seus recursos financeiros na luta pela vida do filho de 23 anos acometido de uma forma grave de leucemia).

Ora, isto demonstra nada mais que o caráter humanitário de um sistema econômico que almeja o lucro, não pode se descuidar ao ponto de se permitir que sejam retirados ou mesmo relativizados os direitos humanos fundamentais.

Por isso, incumbe ao Poder Judiciário avaliar a questão e a situação do caso prático e, constatada a excepcionalidade permissiva do afastamento temporário da mora, seja possibilitado aquele devedor que arque com as obrigações do contrato após determinado período de tempo, ficando-lhe assegurado o direito à moradia para enfrentar as adversidades do fortuito que lhe impediu de dar cumprimento regular ao contrato.

Isso representa a aplicação do princípio da preservação da dignidade humana, com fundamento no Direito Econômico e garantido pelas mãos do Poder Judiciário.

CONCLUSÕES

Depois de minuciosa pesquisa a respeito da dignidade da pessoa humana como parâmetro de aplicação do direito e garantia do mínimo existencial, concluiu-se, após análise bibliográfica e jurisprudencial, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 resguarda a existência digna como finalidade precípua da ordem econômica, conforme indica a essência do art. 170, *caput*.

O Estado, quando provocado por meio do Poder Judiciário, possui o dever de proteção da dignidade de cada indivíduo, sendo intolerável que os direitos humanos fundamentais sejam afetados pela voraz perseguição do lucro, própria dos sistemas capitalistas de economia.

Assim, ao se deparar com situações que coloquem em risco direitos fundamentais como a vida, a saúde, a alimentação e a moradia, em detrimento de direitos patrimoniais disponíveis, o Estado, com amparo nos fundamentos, objetivos e princípios da ordem econômica, não pode compactuar a ideia de que a vulnerabilidade econômica ocasionada por situações excepcionais e que regrida a pessoa a níveis de indignidade humana seja mera consequência de um sistema econômico autorregulador.

Em casos que, comprovadamente, se evidenciar uma situação excepcional, fortuita e temporária, justa a atuação do Poder Judiciário para que preserve a dignidade da pessoa humana frente a direitos patrimoniais disponíveis e que podem se efetivar após o período da instabilidade vivenciada.

É o caso do devedor hipotecário que, para tentar proporcionar ao filho acometido de grave doença um tratamento médico adequado, concentra todos os seus recursos financeiros na luta pelo direito à vida, inclusive colocando em segundo plano o pagamento das parcelas do mútuo habitacional.

Em tais hipóteses, enxergamos que a dignidade da pessoa humana pode ser preservada ponderando-se qual direito merece, naquele determinado momento, ser resguardado: o crédito da instituição financeira que lucra com os encargos próprios de um financiamento para aquisição de imóvel, ou o direito à moradia do devedor com excepcionais problemas de saúde?

Entendemos que a preservação dos direitos existenciais ante as condições de extrema dificuldade financeira por motivos imprevisíveis seja a forma com que o Poder Judiciário realiza a dignidade da pessoa humana na sua versão mais honrosa: valorizando o ser humano.

Ao consagrar o direito à moradia do devedor que lutava para salvar a vida do filho de uma forma grave de câncer, o Judiciário, no caso julgado pelo TJSP, literalmente abrigou o direito à vida

e, por conseguinte a dignidade humana de uma família em situação de vulnerabilidade física e emocional.

Tal situação, como demonstrado ao longo do trabalho, não configura o perdão incondicional das obrigações contratuais assumidas pela parte necessitada, mas sim, assegura o seu direito à moradia, ao atribuir modulação aos efeitos da mora, fazendo com que os juros, correções e outros encargos que possam levar a resolução do contrato e a conseqüente perda do bem, fiquem suspensos durante determinado período de tempo e passem a incidir novamente apenas a partir da cessação da excepcionalidade comprovada.

Desse modo, o direito da parte credora segue resguardado, mas mitigado para não ofender direitos fundamentais eleitos como prioridade na Constituição Federal.

Essa foi a tendência extraída das obras analisadas durante a pesquisa, comprovando-se o robustecimento da moderna e atual doutrina da constitucionalização das relações privadas e do Direito Civil como um todo, com destaque para o protagonismo da função social do contrato que agora ladeia a autonomia da vontade, tornando o Direito Contratual, instrumento de realização dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Demonstrou-se, ainda, o pensamento de autores que compartilham a ideia de que a própria Constituição Econômica brasileira é um instrumento integrador de direitos individuais e sociais e que ampara a análise humanizada das relações jurídicas econômicas, com vistas a garantir o capital, porém, priorizando-se a preservação da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, inexistente a possibilidade de tratar isoladamente um ou outro princípio constitucional. O ordenamento é único e não há direito absoluto. O espírito do art. 170 da Constituição visa a entrelaçar de forma harmoniosa e com o equilíbrio necessário a liberdade e a igualdade nas relações econômicas para que não ocorra abuso de direito pelo Estado e nem a indevida prevalência do lucro.

Nosso particular sistema econômico de Estado Social, não tem de tolerar, sob o pretexto de garantir o lucro, a livre iniciativa ou a propriedade privada a ofensa a direitos fundamentais, pois este mesmo sistema, fundado na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por finalidade a existência digna do ser humano, o que demonstra o caráter humanizante do capitalismo adotado pelo constituinte de 1988.

Os mecanismos para esta humanização do direito econômico já se encontram dispostos na Constituição Federal.

Cabe, portanto, aos julgadores, a árdua missão de interpretar, adequar e aplicar de forma ponderada e equilibrada, os preceitos constitucionais aos casos concretos, definindo os rumos do pêndulo estatal na resolução de conflitos entre direitos econômicos e humanos.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **O Capitalismo Humanista e sua Expressão Constitucional: incorporação no Direito do Trabalho por meio do Direito Econômico.** Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. **Teoria da Constituição Econômica.** 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA. **Sistema Financeiro da Habitação.** Disponível em: <https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia> acesso em 18/07/2023

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional No Brasil. **Revista da MERJ**,v. 9, nº 33, 2006.

BECKER, Verana Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre. 1973.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Amplitude das obrigações do empregador frente o direito à moradia do trabalhador migrante**. 2013. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e a Dignidade da Pessoa Humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 457/467. São Paulo. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros. 1993.

BONAVIDES. Paulo. **Direito Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONDUKI, Nabil. **Origens da Habitação Social no Brasil: O caso de São Paulo**. Tese. (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1994.

BRASIL, Cristina Índio do. Pesquisa mostra que 78,5% das famílias brasileiras estão endividadadas. Número é o maior da série histórica iniciada em janeiro de 2010. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro. 11/07/2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/pesquisa-mostra-que-785-das-familias-brasileiras-estao-endividadadas> acesso em 14/08/2023.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências . **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 08 jul. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm acesso em 11/06/2023.

BRASIL. Lei nº 7.499, de 16 de junho de 2011. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 17 jun. 2011. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7499.htm#art30 acesso em 11/06/2023.

BRASIL. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 30 set. 1964. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14380.htm acesso em 17/06/2023.

BRASIL. Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971. Transforma o Banco Nacional da Habitação (BNH) em empresa pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15762.htm acesso em 17/06/2023.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm acesso em 23/06/2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em /07/2023.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm acesso em 31/07/2023

BRASIL. Lei nº 11.345, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e

sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 08 set. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm acesso em 03/10/2023

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669> acesso em 09/07/2023.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/601> acesso em 24/07/2023.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283> acesso em 29/07/2023.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472> acesso em 13/08/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05/04/2023

CHALUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário.** 7ª Ed..São Paulo: Forense. 2021.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura.** Diário da Justiça 18/09/2008 <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> acesso em 14/08/2023.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. 25ª ed. Salvador: Juspodvm. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Direito das Coisas**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. 1ª ed. Porto Alegre: Fabis. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 11ª Ed.. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos, teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 11ª ed. Salvador: Juspodvim. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIEANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direitos Reais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GAMA, Tácio Lacerda. Ordem Econômica e Tributação. In: **Revista de Direito Tributário**, n. 103, Malheiros Editores, São Paulo. 2005.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Processo 5509915-77.2022.8.09.0051, Rel. Des. Sérgio Mendonça de Araújo. Goiânia 16/11/2022. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao> acesso em 12/08/2023.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Direitos. **Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume 3: contratos e atos unilaterais** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JAYME, Frederico G. Jr; CROCCO, Marco. **Bancos públicos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e a sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARIUTTI, Eduardo Barros. **A transição do feudalismo ao capitalismo: um balanço do debate**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas, 2000.

MATSUSHITA, Thiago Lopes; SAYEG, Ricardo Hassom. **O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano Tridimensional**. In: Anais do XVII Encontro

Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Fundação Boiteux. Florianópolis: 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**. São Paulo. 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Em Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, **A Força Normativa da Constituição**. Universidade de Freiburg. Editora J.C. B. Mohr 1959.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ**, nº 52. abr./jun. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso em 11/06/2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo: 0018483-28.2021.8.16.0000**. Relator Des. Mario Luiz Ramidoff. Curitiba. 27/10/2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017190601/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0018483-28.2021.8.16.0000#integra_4100000017190601 acesso em 14/08/2023.

PEREIRA, Rodrigo Serra. **Contratos existenciais: pressupostos e consequências**. 2022. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa do Senado Federal**. Brasília. 43, n. 169, 2006. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/browse?type=author&value=Pinheiro,%20Maria%20Cl%C3%A1udia%20Bucchianeri> acesso em 0/10/2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. por Vamireh Cha-con. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.

REALE, Miguel. **O Projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROCHA, Sebastião Bala. Projeto de Emenda à Constituição 383/2014. Dá nova redação ao artº. 170 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606656> acesso em 15/08/2023.

ROZAS, Luiza Barros. **Direito à Moradia: Âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional. 2016**. Tese (Doutorado). Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos**. São Paulo: Método, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo 991.06.054960-3**. Relator Des. Moura Ribeiro. São Paulo. 30/09/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> acesso em 06/08/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico**. 1ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro:KBR, 2011.

SCHWARS, Rodrigo Garcia. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais e a Judicialização de Políticas: algumas Considerações. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 43. 2016.

SILVA, Clovis do Couto. A categoria jurídica dos atos existenciais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. 1973.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA. Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. CONTIPELLI, Vladimir. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da solidariedade: Desenvolvimento Integral. **Revista Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, Salvador, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Aplicação do capitalismo humanista inspira indicação do ministro Moura Ribeiro ao Nobel da Paz**. Brasília. 19/02/2020. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Aplicacao-do-capitalismo-humanista-inspira-indicacao-do-ministro-Moura-Ribeiro-ao-Nobel-da-Paz.aspx> acesso em 04/08/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministros em atividade**. Brasília. 23/12/2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/web/verCurriculoMinistro?cod_matriculamin=0001220&aplicacao=ministros.ativos acesso em 04/08/2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Coisas**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. GAMA, Marina Faraco Lacerda. **O STF e a Constituição Econômica: Casos e Funções**. 1ª ed. Curitiba: Inter Saberes, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil. Obrigações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social do contrato. Temas de Direito Civil III**. Renovar. Rio de Janeiro, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais**. Florianópolis: Conceito,, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. São Paulo: Editora do Advogado, 2008.