

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

FLORIAN STRASBURGER

***A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DA LOCAÇÃO: UMA ANÁLISE À
LUZ DA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA***

**PONTA GROSSA
2007**

FLORIAN STRASBURGER

Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas

***A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DA LOCAÇÃO: UMA ANÁLISE À
LUZ DA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA***

**Dissertação apresentada como requisito
para obtenção de grau de Mestre no curso
de Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas
da Universidade Estadual de Ponta Grossa,
tendo como área de concentração
Sociedade, Direito e Cidadania e como
linha de pesquisa o Estado e Políticas
Públicas.**

Orientador: Prof. Dr. José Robson da Silva.

**PONTA GROSSA
2007**

S897 Strasburger, Florian

A penhora do bem de família do fiador da locação: uma análise à luz da principiologia jurídica. Florian Strasburger. -- Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2007.

126 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. José Robson da Silva

Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2007.

1. Penhora (Direito). 2. Aval e fiança (Direito). 3. Locação de imóveis (Brasil). 4. Bem de família (Direito). I. Silva, José Robson da. II. Universidade Estadual de Ponta Grossa. III. Título.

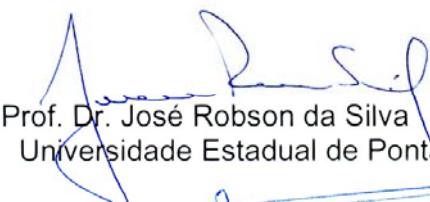
CDD 346.810434

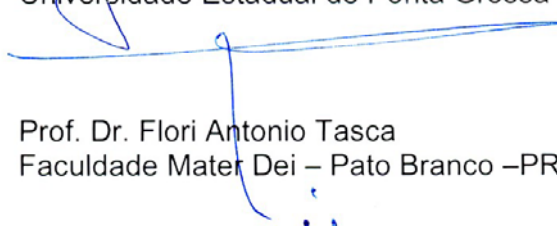
TERMO DE APROVAÇÃO

FLORIAN STRASBURGER

**“A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DA LOCAÇÃO: UMA
ANÁLISE À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA”**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau
de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais
Aplicadas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade
Estadual de Ponta Grossa, pela seguinte banca examinadora:**


Orientador: Prof. Dr. José Robson da Silva
Universidade Estadual de Ponta Grossa


Prof. Dr. Flori Antonio Tasca
Faculdade Mater Dei – Pato Branco –PR.


Profª. Drª. Lucia Cortes da Costa - UEPG
Universidade Estadual de Ponta Grossa

*A meu pai, **JAN**, exemplo de homem, de responsabilidade e trabalho, pela paciência; e a minha mãe, **CELINA**, exemplo de mulher, de caráter e bondade, suporte da minha existência, dos meus sonhos e da minha realidade; a vocês, meu amor e gratidão eternos, por terem-me preparado para a vida e pela dignidade do homem que hoje sou.*

*A **HANS** e **SVEN** pelas tardes de verão, pelas noites de trovão, enfim, por poder chamar-lhes, a cada um, de irmão. Meu amor eterno, o que também estendo as minhas cunhadas **SCHEILLA** e **LUIZIANE**.*

*A minha sobrinha **STEPHANIE**, pela sua alegria e inocência que fazem, nos momentos mais difíceis, ver que vida continua bela. Meu eterno amor.*

*E, acima de tudo, a **DEUS**, fonte eterna e inesgotável de luz, amor, sabedoria e justiça. O começo e o fim de tudo. Meu amor eterno.*

AGRADECIMENTOS

*Ao Professor Doutor **JOSÉ ROBSON DA SILVA**, meu professor, orientador e, acima de tudo, um grande amigo, pela condução, pelas lições, orientações e sugestões que tanto enriqueceram este trabalho. Minha gratidão e admiração.*

*Aos Professoras Doutores **FLORI ANTÔNIO TASCA, LÚCIA CÔRTES DA COSTA e CRISTINA MIRANDA RIBAS** que, tão gentis e prontamente aceitaram fazer parte da banca examinadora, motivo de especial orgulho e grande honra. Meu eterno agradecimento.*

*Ao meu irmão **SVEN STRASBURGER**, jovem eminente jurista, especial agradecimento, pela dedicação incondicional, pelo substancial auxílio em todas as fases de elaboração deste trabalho; pelo constante incentivo e compreensão, fez-se a expressão máxima do companheirismo. Minha profunda comoção e assunção de dívida eterna.*

*Confia no SENHOR e faze o bem; habita
na terra e alimenta-te da verdade.
Agrada-te do SENHOR, e ele satisfará os
desejos do teu coração.
Entrega o teu caminho ao SENHOR,
confia nele, e o mais ele fará.
Fará sobressair a tua justiça como a luz
e o teu direito, como o sol ao meio dia.*

Salmo 37

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a polêmica questão do fiador nos contratos de locação, que, com o advento da EC 26/2000 lançou nova luz à seara jurídica. Confronta-se, assim, o a elevação do *status* da moradia a nível de direito constitucional fundamental, com a possibilidade legal de penhora de seu único imóvel que serve à residência (bem de família). Forma-se, portanto, o conflito normativo entre as Leis 8.009/90 e 8.245/91, que diante da nova previsão do direito à moradia desafia o judiciário à reinterpretar a questão. A partir da análise de cada uma destas disposições, do contexto social em que surgem, bem como das peculiaridades do instituto da fiança e da concepção de Estado, e de dois acórdãos paradigmáticos do mais alto escalão do judiciário brasileiro, como fonte hermenêutica, propõe-se uma ótica de análise a partir da principiologia jurídica, na tentativa de elucidar que as antinomias encontram nesta corrente de pensamento uma proposta de solução atrelada a uma concepção axiológico-normativa do Direito.

Palavras-chave: Fiador. Bem de Família. Penhorabilidade. Principiologia Jurídica.

ABSTRACT

The objective of this research is the analyse of the polemic question to stand surety within the home rent contracts, new perspectives and interpretations has been created with EC 26/2000. The discussion, is the rising of the status of home to a law level of fundamental rights, with the legal possibility homestead attachment. That way is created a normative conflict between the laws 8.009/90 and 8.245/91. This fact of a new vision of the law challenges the jurisprudence to interpretate the question. Analysing each of that two dispositions, the social impact, the characteristic of the financial institutions, the concept of the state and the two paradigmatics agreements of the highest level of brazilian court, inspired by hermeneutics fountains, is to create a proposal from the juridical principle theory, trying that way to find out a proposal of solution to the conflicts linked to an axiologic-normative concept of Law.

Keywords: Guarantor/surety, homestead, attachment, Juridical principle theory.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	8
SUMÁRIO	9
 INTRODUÇÃO	 10
 1. O ESTUDO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS COMO SUBSÍDIO FUNDAMENTAL À SOLUÇÃO DE CONFLITOS	 20
1.1 NORMA E REGRA: A NECESSIDADE DE CONCEITOS MAIS PRECISOS.....	21
1.2 A DISTINÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS.....	26
1.2.1. A norma jurídica.....	27
1.2.2. Norma, Linguagem e Interpretação.....	30
1.2.3. Regras e Princípios.....	34
1.2.3.1. Reflexões preliminares.....	34
1.2.3.2. Os Princípios no Pensamento Jurídico e a Crise dos Paradigmas	37
1.2.3.3. Evolução Doutrinária da Diferenciação entre regras e Princípios: as bases do pós positivismo	42
1.2.3.4. Os criterios diferenciadores do pós-positivismo.....	48
 2. O CONFLITO NORMATIVO	 69
2.1. A LEI 8009/90	72
2.2. A LEI 8245/91	77
2.3 ESTADO E CONSTITUIÇÃO.....	79
2.4. DA FIANÇA.....	87
2.5. A EC 26/2000	95
 3. A SOLUÇÃO DO CONFLITO	 101
3.1. A SOLUÇÃO DO CONFLITO NO ALTO JUDICIÁRIO PÁTRIO	101
3.2. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO	113
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 120
 REFERÊNCIAS	 124

INTRODUÇÃO

Entre as várias situações sociais que merecem a atenção do Direito, há algumas em especial sobre as quais não recai unanimidade quanto ao tratamento jurídico a ser dispensado, o que as torna um assunto controvertido que carece solução ou, ao menos, reflexão para a construção de rumos que viabilizem soluções.

Um desses assuntos é a penhora do bem de família do fiador no contrato de locação, uma questão que gera instantânea estranheza. Muitos daqueles que aceitam por amizade ou boa-fé servirem como garantes, por falta de malícia ou por ignorância, acabam comprometendo seu patrimônio familiar, ou seja, poderão ter seu único bem imóvel, que serve à residência da sua família, penhorado em caso do não pagamento pelo devedor principal da relação locatícia. Em relação a essa estranheza, Eliane Maria Barreiros Aina relata que:

Diariamente entro em contato com fiadores sendo executados por dívidas de seus afiançados e sempre houve para mim um constrangimento natural em simplesmente afirmar que a lei permitia que suas moradias fossem penhoradas para saldar os débitos locatícios de terceiros... A vítima dessa situação traz em seu olhar o desespero acompanhado da incompreensão de estar sendo penalizada quando sua única intenção foi ajudar um amigo. Tal situação, ao menos aparentemente, trazia uma carga de injustiça por demais acintosa.¹

Como se pode perceber pela dramaticidade do discurso da autora, o tema é pertinente. No entanto, em que pese a sensação de estranheza e à aparente injustiça, essas não se revelam cientificamente aptas a encerrar a questão, restando-nos apenas a opção de propor uma pesquisa comprometida com a evolução da ciência jurídica como instrumento de transformação.

Para compreender esta complexa temática, passaremos a analisar de que forma a legislação a regula.

¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. xiv

A lei 8009/90 versa sobre a impenhorabilidade do Bem da Família, fixando no art. (artigo) 1º. que: *O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.* Este dispositivo representa um claro avanço no ordenamento jurídico pátrio, adequando-se, pois, ao espírito da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, e notadamente aos seus princípios, de modo a imprimir, ainda que infraconstitucionalmente, a proteção merecida à moradia, que é pressuposto mínimo da dignidade humana.

No entanto, a lei 8.245/91, no seu art. 82, incluiu entre as exceções da impenhorabilidade o imóvel do fiador em contrato de locação, ainda que único e destinado à moradia da família. Assim, o art. 3º. da lei 8009/90 sofreu a inclusão do inciso VII, passando a dispor que: *Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.* A clareza do dispositivo é incontestável. O legislador retirou do fiador a proteção do imóvel familiar para reforçar a garantia contratual do credor locatício.

Em 2000, a emenda constitucional 26 (EC/26) incluiu ao art. 6º da Constituição Federal de 1998 (CF/88) a moradia no rol de direitos sociais. Alterado, o dispositivo passou a vigor com o seguinte texto: *São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.* A questão da moradia passou a ter tratamento constitucional expresso, e apesar da generalidade do dispositivo, reconhece-lhe a proteção normativa. Se por um lado a generalidade atribui incerteza ou insegurança sobre qual a intenção do legislador ao criar tal norma, por outro se estabeleceu como novo subsídio interpretativo para todas as questões que envolvessem a moradia, entre estas, a do fiador.

Herbert José de Souza explica que algumas situações não são meros fatos, mas verdadeiros acontecimentos, pois são capazes de alterar substancialmente uma determinada conjuntura: “A importância da análise a partir de acontecimentos é que eles indicam sempre certos ‘sentidos’ e revelam também a percepção que uma sociedade ou grupo social, ou classe tem da realidade e de si mesmos.”²

Como se esperava, a emenda foi capaz de reavivar a discussão doutrinária e principalmente jurisprudencial sobre a possibilidade da penhora do único bem imóvel do fiador no contrato de locação, constituindo-se, assim, no “acontecimento” central da conjuntura em análise.

A partir da generalidade da emenda 26/2000 (que simplesmente inclui a expressão “moradia”), é razoável imaginar que muitas são as interpretações possíveis ao dispositivo reformado. Maria Helena Diniz, ao invocar as lições de Machado Neto, afirma que: “As funções da interpretação são (...): 1) conferir aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; 2) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; e 3) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.”³ Trata-se, portanto, de compreender qual é o sentido das normas e que relações ou situações sociais devem ser por elas alcançadas.

Assim, questiona-se qual a interpretação mais adequada das normas que incidem sobre a questão da (im)penhorabilidade do único imóvel do fiador do contrato de locação. Objetivamente, cinge-se o problema em saber se com o advento da EC 26/2000 deve persistir ou não a possibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador da locação.

Para não abstrair muito as possibilidades hermenêuticas de modo arbitrário, vejamos de que forma a dinâmica entre tais normas têm sido discutidas no mais alto escalão do judiciário pátrio, revisando duas decisões paradigmáticas. Recebem, pois, este atributo (paradigma), por constituírem as duas únicas hipóteses possíveis para o

² SOUZA, Herbert José de. **Como se faz análise de conjuntura**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 11.

³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 422

caso: 1) a inconstitucionalidade da exceção prevista pelo art. 82 da lei 8.245/91, e portanto a impossibilidade da penhora do único bem imóvel do fiador da locação; 2) a constitucionalidade da citada exceção, possibilitando a penhora do único bem imóvel do fiador da locação.

Em 2005, o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão monocrática a um recurso extraordinário (449.657-7), que recorria de um acórdão, proferido pela Oitava Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que entendeu ser penhorável, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, o bem de família do fiador de contrato de locação. O RE foi interposto, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91. Eis o extrato da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Pelo que se extrai da decisão, a interpretação dada ao conflito passou a questionar a receptividade pela CF (em razão do art. 6º. com redação alterada pela EC 26/2000) do inc. VII do art. 3º. da lei 8009/90 (com redação dada pela lei 8.245/91). O que se entende é um perfeito ajustamento entre o novo texto constitucional e a proteção do bem de família. Em que pese a anterioridade da norma ordinária, é esta que deve adequar-se à norma constitucional e não o contrário, por duas razões fundamentais: este tipo de conflito se resolve simultaneamente pela hierarquia e pela temporalidade. É notório que uma norma constitucional possui no ordenamento jurídico hierarquia superior a qualquer outra norma e, havendo conflito, prevalece a constitucional; ademais, pela temporalidade, a lei constitucional, como lei que é, sendo posterior, revoga as leis

anteriores que com ela conflitem, respeitando assim o mais básico princípio do conflito de normas: lei posterior revoga lei anterior a ela contrária. Esta é a essência do instituto da recepção, como preleciona Alexandre de Moraes: “A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção.”⁴

O conflito, conforme interpretação dada pelo Ministro Carlos Velloso, pode ser marcado pontualmente da seguinte forma: a penhora do bem de família é incompatível com o direito constitucional de moradia, que deve ser também estendido ao fiador pelo princípio da isonomia (de dar ao fiador o mesmo tratamento que recebe o devedor principal) e pelo princípio hermenêutico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (se a razão pela qual o locador não pode satisfazer seu crédito mediante a penhora do único bem imóvel que serve de residência à família é o entendimento de que a moradia é mais importante que o crédito, como considerar que o direito de moradia do fiador “vale menos” que o do devedor principal? Onde existe a mesma razão deve-se aplicar o mesmo direito).

No que diz respeito à tese desenvolvida pelo Ministro Carlos Velloso, em 08/02/2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, profere acórdão sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, a recurso extraordinário (407.688) contra acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo fiador que pedia liberação do seu bem de família, objeto de constrição em processo executivo com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens, nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990. Eis o extrato do acórdão do Pleno:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 671.

Como se verá adiante, quando em análise mais profunda dos acórdãos, a alegação de que a exceção legal à regra da impenhorabilidade (art. 3º, inc. VII da Lei 8009/90) não afronta o direito de moradia (art. 6º, CF/88) será justificada pelo raciocínio de que a possibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador para que se possa garantir o direito de moradia do locatário é necessária. Por este raciocínio, a exceção legal da impenhorabilidade se coaduna com a previsão constitucional da moradia, pois é mecanismo essencial ao acesso da moradia na modalidade arrendada. Além disso, entre outras razões alegadas, ressaltou-se a retração do mercado imobiliário sem tal garantia.

Note-se que a decisão não foi unânime (divergentes os votos dos Ministros Carlos Brito, Eros Grau e Celso de Mello), o que explicita mais um indício de que ainda cabe discutir o assunto.

O “grande” argumento apresentado possui na sua razão fundamental uma contradição central: como um direito pode ser garantido e excluído com base na mesma razão? Objetivamente: como garantir o direito à moradia possibilitando o cerceamento da moradia?

Todo estudo que propõe apresentar um conflito de direitos deve pressupor um conflito de normas no seu sentido mais amplo. O nível mais superficial de uma discussão desse tipo é o que considera duas normas individualizadas e analisa o conflito entre elas pelos critérios hierárquico e cronológico da dogmática jurídica⁵. Essas são propostas formais de solução de conflito entre normas, pois só podem ser utilizadas uma vez já reveladas a efetiva existência da antinomia. Às vezes, como é o caso, tais conflitos não são tão explícitos e requerem estudo mais profundo, sendo necessário, primeiro atestar a efetiva existência de conflito.

⁵ Conforme Rizzato Nunes, “O primeiro aspecto quanto à revogação é o do critério hierárquico: uma norma jurídica somente pode revogar outra se pertencer ao mesmo plano hierárquico ou for de plano hierárquico superior à norma jurídica a ser revogada. O segundo é o cronológico: a norma jurídica nova revoga a antiga” (NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 205.)

É necessário esclarecer que tratar um conflito de direitos é um estudo de nível mais complexo e profundo, pois admite não apenas o conflito entre duas normas, mas o contexto normativo do conflito, para o qual invocamos um importante marco teórico que direcionará este estudo, proposto por Miguel Reale: “Uma regra jurídica não pode nem deve ser tomada de *per si*, como se fosse uma proposição lógica em si mesma inteiramente válida e conclusa, pois o seu significado e a sua eficácia dependem de sua funcionalidade e de sua correlação com as demais normas do sistema, assim como do conjunto de princípios que a informam.”⁶

Discutir direitos é muito mais que discutir em si mesmo o ato legislativo que criou a disposição legal; isto inclui discutir não só como é posto determinado direito, mas como e por que nasceu tal direito e em que contexto ele se relaciona com outros direitos. É importante salientar que a problemática é das mais complexas, pois envolve o ramo máximo do direito positivo, o Direito Constitucional.

Os direitos constitucionais e, portanto, os casos constitucionais como estes que propomos analisar, revelam-se peculiares, pois envolvem mais intensamente uma discussão axiológica que é própria da natureza da Constituição. A Lei Maior de qualquer nação democrática é por sua natureza a norma *a priori*, pois funda o Estado. Dessa forma, não há como negar o caráter principiológico da Constituição Federal. Se uma discussão que envolve direitos é mais complexa que uma discussão de leis, uma discussão que envolva direitos constitucionais terá que obrigatoriamente incluir uma discussão sobre princípios.

Nesse sentido, é oportuna a lição de inigualável perspicácia do Ministro Carlos Ayres Britto, que em aula a um curso de pós-graduação, ao pronunciar-se sobre a tipologia das normas constitucionais, preconizou:

A Constituição não é Constituição por se fundar no ordenamento jurídico; o ordenamento que é jurídico por se fundar na Constituição. [...] São os princípios, que consubstanciando valores, por exemplo, liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, cidadania, soberania, moralidade, impessoalidade, são os princípios que consubstanciando valores, irradiam seu conteúdo para outras normas da Constituição e dialogam

⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 207.

com essas outras normas, de modo que elas (outras normas) encontrem nos princípios sua *raison d'être*, a sua razão de ser, encontrem a sua justificativa lógica. Os princípios são dialogantes por natureza, irradiantes de sua materialidade para outras normas que passam a encontrar neles a sua própria justificativa, a sua própria razão de ser; e aí, por esse processo de recondução de conteúdo, ou de compatibilidade de conteúdo, a partir dos princípios a Constituição se dota de uma unidade material; ela se dota de um esquema de eliminação de antinomias de conteúdo, antinomias conteudísticas.⁷

Se forem os princípios que informam as demais normas do sistema jurídico, são eles que poderão revelar mais precisamente a *ratio legis*, isto é, a razão pela qual uma norma é criada. Isso inclui também uma importante discussão ética, já que o Direito, sabemos, não nasce de um ato individual centrado na figura do legislador, mas como um meio de realização de determinados valores, raciocínio esse preconizado pela prestigiada Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Nesse contexto, a discussão não se restringe ao direito de moradia, mas sobre a moradia como instrumento de realização de valores. Não haveria outra razão para discutir um direito fundamental se este, por mais redundante que soe, não fosse fundamental; e só é fundamental porque possibilita a realização de valores dos mais essenciais ao ser humano. Essa é, portanto, uma discussão pragmática; é uma discussão sobre direitos, sobre princípios, sobre valores, sobre o homem, sobre a vida.

Objetivamente, conforme contextualização do tema, a presente proposta de estudo analisará a constitucionalidade do inc. VII do art. 3º. da Lei n. 8009/90. Antes, porém, faz-se mister conhecer e analisar os critérios trazidos pela doutrina⁸ que permitam compreender o que são os princípios e como interagem com as outras normas, para assim elucidar de que forma a teoria dos princípios auxilia como método de solução de conflitos normativos.

A presente pesquisa, no mínimo, muito se assemelha a um estudo de caso. No Direito, a expressão “caso” representa mais imediatamente um único litígio ou

⁷ Aula ministrada para um curso de pós-graduação do Instituto Luiz Flávio Gomes.

⁸ Entre os marcos teóricos principais destacam-se Ronald Dworkin, José Joaquim Gomes Canotilho, Robert Alexy e Manuel Atienza.

demanda judicial. Porém, este estudo não analisa um caso no sentido acima, mas um caso de conflito de normas. Dessa forma, pode-se afirmar que se trata de um estudo de caso, pois com bem o define Gil, “envolve o estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos de maneira que se permita o seu amplo e detalhado conhecimento.”⁹

No entanto, os objetivos da pesquisa não estão restritos ao “caso”. O uso da principiologia jurídica como matriz epistemológica, no desenvolvimento e apresentação de soluções para este conflito normativo, se apresenta ao final do trabalho, como proposta para a resolução de outros conflitos normativos. Assim, não podemos definir esta pesquisa como meramente descritiva, mas concomitantemente: a) exploratória, porque visa proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses, envolvendo levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulem a compreensão¹⁰; b) explicativa, pois “visa identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos e aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o ‘porquê’ das coisas.”¹¹

As principais fontes da pesquisa foram bibliográfica (elaborada com base em material publicado – livros, periódicos, *internet*) e documental, no que se refere à legislação e acórdãos, que receberam tratamento analítico apenas a partir da pesquisa.

A dinâmica da pesquisa partiu da formulação de um problema central (possibilidade da penhora do único bem imóvel do fiador frente à EC 26/2000), que levou ao levantamento documental e bibliográfico. A partir das fontes, perceberam-se dois entendimentos (hipóteses) possíveis: pela possibilidade da penhora, a constitucionalidade da exceção à regra da impenhorabilidade; e pela impossibilidade da penhora, a inconstitucionalidade da referida exceção. Desse momento em diante, a redação baseou-se na construção de conceitos fundamentais à compreensão da hipótese; o desenvolvimento de temas adjacentes, mas também fundamentais à compreensão da hipótese; e por fim a argumentação em torno da afirmação da hipótese e de um novo paradigma jurídico.

⁹ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 72.

¹⁰ Cf. Ibid. p. 43.

¹¹ Cf. Ibid, pp. 44-45.

Como já se pôde perceber nos itens anteriores, o cerne da pesquisa é a contraposição de elementos. Uma norma que aparentemente contradiz a outra; hipóteses contrárias; argumentos aos quais se estabelecem contra-argumentos. Assim, a abordagem parece se aproximar de uma concepção dialética. Inclusive na razão do problema, podem-se encontrar traços dialéticos, pois se trata, como veremos, de antepor o paradigma positivista ao jusnaturalista e, por fim, a superação no pós-positivismo. A natureza do próprio tema se liga às concepções dialéticas, conforme expõe Gil: “A dialética fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, já que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc.”¹²

A presente pesquisa não pretende, como já dito, tomar o conflito de normas como fenômeno individualizado, mas tratá-lo como uma discussão de valores. Isso representa a intenção totalizadora da abordagem; é tentar determinar as causas e fatores que influenciam o processo de decisão, porque eventualmente outras causas e fatores deveriam influenciar mais o processo de decisão; é tentar estabelecer uma lógica no processo de decisão levando em conta a totalidade do sistema jurídico e ético-social.

¹² GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. p. 32.

CAPÍTULO 1

O ESTUDO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS COMO SUBSÍDIO FUNDAMENTAL À SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os juristas, em termos gerais, cometem grande equívoco quando não exigem aprofundamento na discussão acerca da diferenciação das espécies normativas; e o fazem ao não levar em conta as implicações práticas que adviriam se fosse dado o tratamento correto a cada espécie normativa.

Sobre essa “falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas” sobre a qual se tem discorrido nesse trabalho, consoante é a lição de Humberto Ávila:

Isso (indesejável falta de clareza) ocorre não apenas porque várias categorias a rigor diferentes são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a princípios, aqui e acolá baralhados com *regras*, *axiomas*, *postulados*, *idéias*, *medidas*, *máximas* e *critérios* –, senão também porque vários postulados, como se verá, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame (...) ¹³

No tema, o conflito normativo que se apresenta depende, para sua solução, da compreensão apurada dos princípios jurídicos. Isso porque é com base neles que se apresentam os argumentos do STF, tanto para defender a possibilidade como a impossibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador. Um conflito que envolve princípios é muito mais profundo e requer um outro exame do intérprete; exame bem mais sucinto e superficial seria exigido do intérprete no caso de um conflito de normas da mesma categoria e do mesmo nível. Mas, como não é o caso, iniciaremos com uma exposição que permita compreender o fenômeno dos princípios jurídicos.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24

1.1. NORMA E REGRA: A NECESSIDADE DE CONCEITOS MAIS PRECISOS

Não haveria qualquer razão para uma exposição sobre princípios se seu conceito já estivesse solidificado na ciência jurídica, ou seja, se já houvesse suficiência quanto à sua compreensão. Sabe-se, hoje, a partir de alguns autores, que não são muitos, que os princípios são normas de destacado papel no ordenamento jurídico. A prova empírica é o fato de que, como se evidenciou na exposição do conflito, o próprio STF os usa para defender este ou aquele posicionamento nas suas decisões. Mas como atestar que os princípios são normas se normas são regras? Este ainda é, infelizmente, tratamento usualmente aplicado à tipologia normativa, que é uma barreira que está sendo paulatinamente superada. Mas para demonstrar tal situação verifiquemos exemplos dessa imprecisão conceitual (que será grifada) na doutrina.

Miguel Reale, em uma de suas obras, afirma que “Já nos é dado inferir das lições anteriores que a Ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos normas ou regras jurídicas.”¹⁴

Consoante é a noção proposta por Pontes de Miranda: “A regra jurídica é a norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida.”¹⁵

No mesmo sentido, Paulo Nader afirmou que “Conhecer o Direito é conhecer as normas jurídicas em seu encadeamento lógico e sistemático. As normas ou regras jurídicas estão para o Direito de um povo, assim como as células estão para um organismo vivo.”¹⁶

Nada diferente se extrai das palavras de Rizzatto Nunes: “A Ciência do Direito é uma ciência de investigação de condutas que têm em vista um ‘dever-ser’

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, parte geral, tomo I**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 3.

¹⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Forense, 2005. p. 99.

jurídico, isto é, a Ciência do Direito investiga e estuda as normas jurídicas. Estas prescrevem aos indivíduos certas regras de conduta que devem ser obedecidas.”¹⁷

Pelo exposto, entende-se que eminentes e gabaritados juristas usam as expressões **norma** e **regra** de forma similar, para não dizer sinônimas, sem estabelecer entre elas critérios distintivos.

Isso não reduz o prestígio das contribuições de cada um desses juristas ao Direito. Talvez tenham pleno conhecimento das diversas espécies normativas e de suas respectivas distinções, mas reafirmar a tradição de tratar superficialmente a questão, demonstrando que o tratamento genérico (ainda que proposital) usualmente dado aos conceitos, acaba incutindo notória imprecisão aos conceitos de norma e regra e delega os princípios jurídicos a segundo plano, quando não a nenhum plano sequer.

Se cada categoria normativa exige do intérprete um exame diferenciado, graves erros podem ocorrer se o juiz interpreta uma norma atribuindo a ela categoria que não represente sua essência. Mas para isso é necessário que haja, em relação a cada espécie normativa, conceitos suficientemente precisos de modo a possibilitar sua identificação. Assim, esclarece-se que não se trata de mera discussão teórica, mas de aspectos que, de forma pragmática, deveriam ser utilizados pelo jurista na análise de um caso.

A necessidade de conceitos se faz importante num contexto como este que se apresenta. Sabendo o conceito de cada espécie normativa e não tratando duas como se fossem a mesma, um litígio pode ter seu rumo alterado substancialmente. Assim ressaltamos a importância do conceito na apreensão da realidade. Entendemos que um conceito representa, pois, uma tentativa de esclarecer as características essenciais de um determinado fenômeno ou objeto, de modo a individualizá-lo, o que é de extrema importância para interpretar a realidade¹⁸, como pondera Hegel:

¹⁷ NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. p. 34.

¹⁸ Discorrer sobre o real representa um profundo problema da filosofia e da ciência. Contudo, esta pesquisa não intenciona expor e analisar as diversas concepções sobre a realidade. A palavra real ou realidade deve ser tão somente compreendida conforme o senso comum, que acredita na existência de um mundo fático comprovável.

Ora, no conhecimento filosófico, a necessidade de um conceito é, de longe, a coisa principal, e a prova e a dedução disso estão no caminho por onde ela se atinge como resultado de um processo. Uma vez assim atingido um conteúdo necessário para si, chega a ocasião de, em segundo lugar, se procurar o que lhe corresponde na representação e na linguagem.¹⁹

A importância da distinção e da análise das espécies normativas extrapola o campo teórico. Não se trata simplesmente de estabelecer conceitos, mas de perceber que é através destes que se fixam critérios para uma determinada compreensão ou interpretação da realidade.

Nesse sentido, é também elucidativa a lição de Mendonça:

O conceito é uma palavra que expressa uma abstração formada pela generalização a partir de particulares. Requer que se utilize o termo mais adequado, capaz de expressar através de seu significado o que realmente ocorre na realidade empírica. O primeiro requisito de um conceito é que reflita corretamente as forças que operam realmente no mundo. No processo de comunicação, a função dos termos ou palavras é a de tornar manifestos os conceitos, e a função dos conceitos é a de representar a realidade ou aspectos da realidade.²⁰

Há, por exemplo, belos elementos na natureza que nos serviriam de alimento, mas que contêm substâncias venenosas, como alguns tipos de cogumelo. Mas os cientistas, para chegar a essa assertiva, tiveram que analisar esses tipos de alimentos de modo a agrupar algumas características comuns àqueles que possuem veneno, características estas não apresentadas pelos alimentos não venenosos, individualizando-os. Contudo, mesmo sendo venenosos, não deixam de ser cogumelos, pois, ainda assim, preservam determinadas características gerais. De modo simplista, pode-se dizer que um cogumelo deve ter as características A, B, C e D; já o cogumelo venenoso teria as características A, B, C, D e X. É a partir desse processo que o homem fixa critérios para interpretar a realidade. É necessário, contudo, que a linguagem saiba representar a realidade. Por isso é necessário dizer cogumelo x cogumelo venenoso, pois só assim o homem estará apto a uma comunicação eficaz, ou seja, onde linguagem e realidade se coadunam. O mesmo ocorre em situações mais simples. Não colocamos a mão no fogo

¹⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2-3.

²⁰ MENDONÇA, Nadir Domingues. **O uso dos conceitos: uma tentativa de interdisciplinaridade**. p. 17

por conhecermos, ao menos em parte, seu conceito, ou seja, sabemos que entre suas características figura a possibilidade de emitir calor.

Na teoria geral do Direito, por exemplo, o estabelecimento de conceitos é também uma atividade constante e necessária. Tome-se a questão das fontes do direito que, conforme Miguel Reale, podem ser compreendidas como “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”²¹. Assim, o referido autor, ao conceituar fontes do direito, nos fornece elemento para considerar como tais os diversos processos que se apresentam à realidade, ou seja, todo processo capaz de criar “regra” jurídica será compreendido como fonte do direito. Por este motivo é que podemos considerar a lei como fonte do direito, uma vez que esta é capaz de criar “regra” jurídica. A doutrina, por sua vez, é objeto de controvérsia, uma vez que alguns autores concordam ser esta capaz de criar “regra” jurídica; outros não, isto é, divergem justamente quanto à possibilidade de aplicação do critério conceitual a esta parcela da realidade.

Poder-se-ia explicitar outras tantas situações, mas apenas na tentativa de tornar o assunto mais claro, analisemos brevemente a questão da legítima defesa. Fernando Capez, em seu Curso de Direito Penal, ensina que a legítima defesa é “causa de exclusão de ilicitude, que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente os meios necessários.”²² Nota-se que este próprio conceito de legítima defesa guarda em si outros tantos conceitos, como injusta, agressão, direito próprio, direito alheio, moderadamente etc., que são essenciais à compreensão do fenômeno. Imagine-se a seguinte situação: “A” passava pela rua e deparou-se com “B” apontando uma faca para “C”. No momento exato em que aquele pretendia desferir um golpe em “C”, “A” toma uma pedra do chão e com exímia pontaria atinge “B”, que cai vitimado. Por causa da pedrada, vem a óbito instantes depois. Trata-se de legítima defesa? Sim, pois se preenchem todos os requisitos, ou critérios previstos no conceito, já que se tratava de repelir uma agressão (conduta humana que ataca o bem jurídico vida ou integridade física), injusta (contrária ao ordenamento jurídico) e iminente

²¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 140.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Vol I**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 232.

(que está para acontecer). Se o conceito de legítima defesa fosse menos preciso, o destino de todo acusado que assim agisse estaria indeterminado.

Assim, resta claro que, para interpretar mais precisamente a realidade, é necessário estabelecer conceitos claros. Se soubermos identificar um cogumelo venenoso, certamente não o iremos ingerir; se aquele fato ocorrido se caracteriza como legítima defesa, o sujeito não será apenado. Ao tocar uma determinada planta, se alguém diz: “cuidado, essa planta tem espinhos”, nossa atitude será a de imediatamente, como num susto, retirar a mão da planta, pois sabemos que o espinho fura, ou seja, conhecemos seu conceito, ao menos em parte.

Ressalte-se que a elaboração de conceitos, portanto, de critérios de individualização de um fenômeno ou objeto, será, muitas vezes, relativo, pois dependerá da matriz epistemológica na qual se fundamenta. Há alguns assuntos em especial sobre os quais não se chega, nem se vislumbra chegar, a consenso; há muitas vezes um consenso parcial, ou seja, o reconhecimento geral de algumas características que individualizam o objeto ou fenômeno, mas não todas; há ainda alguns raros assuntos sobre os quais existe total consenso, não restando dúvida conceitual, apesar de se fundarem em matrizes epistemológicas distintas. Não se pretende afirmar um relativismo generalizado acerca da validade de qualquer conceito, tampouco se concebe tal idéia como sendo uma unidade individual de pensamento. Não basta, assim, que hoje eu resolva criar o conceito de determinado objeto e pressupor sua validade. A validade ou legitimidade de um conceito dependerá, obviamente, da validade e coerência do processo científico empregado na sua formulação, as quais serão verificadas num contexto histórico-científico.

Como bem frisa Marques Neto, “ciência é discurso, teoria que resulta de um processo de construção e retificação de conceitos. Por isso, todas as teorias científicas contêm um conhecimento apenas aproximado, retificável, em parte verdade e em parte erro”²³

²³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 238

Não é intenção dessa pesquisa, obviamente, construir conceitos absolutos que representem uma verdade absoluta. Marques Neto relembra uma sábia lição de um mestre da epistemologia:

Como nos ensina Popper, ‘o jogo da ciência é, em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os enunciados científicos não mais exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo.’ O grau de maturidade de uma ciência se mede, portanto, pela sua capacidade de autoquestionar-se, de pôr constantemente em xeque seus próprios princípios, e não pelo fato de afirmá-los dogmaticamente, numa perspectiva conservadora, como se eles constituíssem a verdade absoluta.²⁴

Assim, quando se menciona a necessidade de conceitos menos imprecisos, no que tange à tipologia normativa, infere-se tão somente que os conceitos ou níveis de profundidade conceitual tradicionalmente e atualmente ainda aceitos são insuficientes para a proposta epistemológica que se apresentará neste trabalho, pois, como visto, regras e normas se apresentam freqüentemente como um mesmo fenômeno, excluindo, por conseguinte, os princípios do campo de atuação normativa.

A seguir, expor-se-ão, de modo analítico, critérios que permitam aprofundar o conhecimento sobre norma, regra e princípio, de modo a retificar a indesejável falta de clareza na conceituação das espécies normativas e, principalmente, reconhecer a normatividade e importância dos princípios.

1.2. A DISTINÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

A importância da distinção das espécies normativas possui dois objetivos fundamentais: 1) possibilitar um estudo mais sistematizado do tema, já que a conceituação e a classificação são reconhecidas técnicas jurídicas²⁵; 2) demonstrar que as interrelações existentes entre as espécies normativas são fundamentais para a construção de um sistema interpretativo eficaz e condizente com a realidade social;

²⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. p. 48-49

²⁵ Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 14

Em que pese a confusão anteriormente demonstrada, o ilustre constitucionalista pátrio, Paulo Bonavides, em uma de suas obras sobre o tema, sintetiza concepção mais esclarecedora:

(...) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, as regras e os princípios a espécie.²⁶

O marco teórico inicial para a compreensão do problema da distinção das espécies normativas será, portanto, conceber a norma como uma denominação de gênero e as regras e princípios, como espécies.

1.2.1. A Norma Jurídica

Uma primeira observação a respeito do assunto é a de que a “norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente na produção da conduta desejada.”²⁷ Esta afirmação de Ihering demonstra que a teleologia da norma é a conduta humana. Assim, chega-se a uma primeira importante inferência: se tanto os princípios como as regras visam à conduta humana, realmente está correta a assertiva de que são espécies de um mesmo gênero, a norma.

Outra interessante lição de Miguel Reale: “Norma é, em geral, configurada ou estruturada em função dos comportamentos *normalmente* previsíveis do homem comum (...)”²⁸ Frisa o autor que a norma tem por escopo fixar o *normal*. Tal entendimento se coaduna com a reflexão preciosa do ilustre Goffredo Telles Jr.: “Nesse mundo (Ético), que é o mundo do comportamento deliberado e voluntário do ser humano, as anormalidades são procedimentos que contrariam, como dissemos, as convicções

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao direito**. p. 336.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao direito**. p. 36

dominantes sobre o que pode ou deve ser feito e sobre o que não pode ou não deve ser feito.”²⁹

A noção de normal e anormal se faz pela maioria. Apoderar-se de algo sem ser seu dono não é normal, pois a grande maioria das pessoas não o faria. E não o faria por entender tal atitude como lesiva a alguns valores cuja realização é tida, por essa mesma maioria, como essencial. O objetivo da norma jurídica é (ao menos deveria ser), portanto, imprimir um grau máximo de garantismo a valores essenciais ao homem, estabelecendo limites (ampliando ou restringindo) à sua conduta.

Usamos a expressão “grau máximo”, pois há outras formas de normas sociais que não são as jurídicas, cujo garantismo não possui armas tão eficientes (ao menos potencialmente concebidas) quanto estas. Silvio Rodrigues enuncia com clareza:

(...) entre as várias normas vigentes numa sociedade determinada, algumas vêm acompanhadas de uma sanção oriunda do Poder Público, e estas são as normas de direito, ou, mais precisamente, de direito positivo; às outras, isto é, àquelas normas que orientam o comportamento dos indivíduos, mas despidas de sanção provinda do Poder Público, poderemos chamar normas de ordem moral, ou de ordem costumeira'. Ambas têm, provavelmente, a mesma origem, mas a força coercitiva que acompanha as primeiras difere da que acompanha as segundas, de modo que, enquanto aquelas são obrigatórias, estas não o são.

De fato, é perfeitamente perceptível a dinâmica da normatividade social. A algumas situações, os juízos de valores atribuem maior importância, mas isso varia de acordo com a cultura, o espaço e o momento de determinada sociedade. Note-se a questão do adultério, cuja violação, antes de tudo, fere um genérico preceito ético, mas que, em 1940, na sociedade brasileira, percebeu tamanho relevo que passou a figurar no art. 240 do Código Penal.

Nesse momento o legislador entendia que tal conduta, claramente reprovada pela sociedade, merecia maior proteção que a civil e assim, ao criminalizar a conduta do adúltero, dotou de maior força coercitiva tal preceito moral. Entretanto, a norma jurídica de natureza penal foi perdendo eficácia social e sua aplicação no judiciário passou a ser decadente, vindo, em 2005, a ser revogada expressamente. Esse

²⁹ TELLES JÚNIOR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva: 2005. p. 20.

exemplo ilustra que os valores, objeto de proteção das normas, são relativos e sua medida (a pesar de não mensurável com exatidão), variável, dinâmica. Vale dizer, conforme o exemplo acima, que a proibição do adultério não é um fim em si mesmo, já que isoladamente não representa um valor. A proteção à família e ao casamento é que fizeram surgir as normas proibitivas da conduta adúltera.

Ao tratar da norma jurídica, Maria Helena Diniz se apropria das lições de Lourival Vilanova, ressaltando o sentido axiológico contido na norma jurídica:

O ‘sentindo’ da norma jurídica é sempre expressão de um valor. Ensina Lourival Vilanova que toda norma jurídica implica uma tomada de posição prévia ante um valor. A escolha do poder há de ser precedida de uma estimativa. A norma surge do confronto do fato com uma tábua de bens. Com efeito, a norma jurídica nasce de uma decisão do homem entre múltiplas possibilidades, porque normar implica eleger baseando-se num juízo de valor.

A norma não é, portanto, apenas prescrição de uma determinada conduta; é também uma escolha valorativa. Assim, há normas do tipo que privilegiam a descrição da conduta; e outras que privilegiam a descrição de valores. Veja-se este exemplo comparativo: o art. 5º. da CF/88 enuncia que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”; o art. 20 da lei 7.716/89 diz: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional - Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.” Não é difícil notar que o que se exige em ambas é o respeito à igualdade. Ambas as normas são consoantes no seu exigir, mas privilegiam conteúdos diferenciados: na primeira, o valor e na segunda, a conduta.

A primeira norma é um princípio e a segunda, uma regra. A diferença entre ambas pode ser percebida pela linguagem. No entanto, nem sempre é tão simples. A linguagem não é critério suficiente para diferenciar regras e princípios. Mas o problema que se coloca é mais complexo: imagine-se que não houvesse a regra prenunciada pelo art. 20 da lei 7.716/89; e que um colunista de um jornal publica uma matéria cujo conteúdo incentiva a discriminação racial. O art. 5º. Da CF/88 é bem claro quando se refere à igualdade sem distinção de qualquer natureza, mas sua linguagem sequer estipula ações que caracterizem condutas, como “praticar”, “induzir”, “incitar” etc., e tampouco fala

sobre meios de comunicação. Ainda assim, o conteúdo da norma constitucional preserva o primordial: estipula a noção de que a discriminação é juridicamente reprovável, o que bastaria para que se solicitasse alguma forma de sanção, ainda que indeterminada.

Isto porque o que fizemos foi interpretar e descobrir que a norma preserva um conteúdo muito superior ao seu texto. A linguagem e a interpretação são, portanto, fundamentais na teoria normativa. Revelar o significado de um dispositivo não é tarefa das mais simples e enfrenta profunda polêmica na seara do Direito. Além disso, dependendo da linguagem e do significado ao qual se chegue, isso definirá se se trata de uma regra ou de um princípio. E a cada uma dessas espécies será dado um tratamento distinto.

Passemos a analisar algumas importantes inferências e raciocínios acerca da influência da linguagem na norma e sua interpretação, para dar continuidade a esse processo de retificação das confusas concepções clássicas que envolvem a teoria normativa.

1.2.2. Norma Jurídica, Linguagem e Interpretação

Humberto Ávila, em sua obra dedicada à tipologia normativa, afirma que “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”³⁰ Tal assertiva se coaduna com a precisão do mestre lusitano Canotilho que infere que “o texto da norma é o ‘sinal lingüístico’; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’.”³¹

Este é um importante marco teórico-epistemológico para a pesquisa, pois a partir desta noção de norma jurídica, distanciamos nosso pensamento das concepções

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 30.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1181.

positivistas-normativistas extremistas que tradicionalmente centram a atividade do jurista na aplicação das leis escritas, no seu sentido mais literal, como bem ilustra Berberi:

Relativamente ao normativismo jurídico, é possível depreender o respeito excessivo ao ordenamento jurídico posto, pela impossibilidade de interferência subjetiva daquele que o trabalha. Disso decorre, segundo alguns autores, o que se pode chamar de *fetichismo da lei*, adoração incondicional – e, portanto, acrítica – ao ordenamento jurídico vigente, o que acarreta, dentre tantos transtornos ao estudo do Direito, problemas relativos à interpretação do ordenamento e, por conseguinte, à sua aplicação.³²

Acredita-se, ao contrário, que uma postura menos radical represente uma idéia de Direito mais apta a realizar a justiça, pois possibilita ao jurista reconhecer um maior número de dispositivos legais aplicáveis, dada a flexibilidade que imprime ao texto normativo quando se propõe a interpretar e não somente aplicar.

Fica clara a importância do trabalho do intérprete, pois é nessa atividade que norma se materializa. Pode haver, como se sabe, mais de um dispositivo aplicável a um determinado caso. O intérprete, ao escolher o dispositivo e trazê-lo do plano textual ao campo fático, da aplicação efetiva, é que materializa a norma. Assim como na questão da possibilidade de penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, na qual o magistrado possui a alternativa da aplicação do art. 6º. da CF/88 ou o art. 3º. da lei 8009/90, e interpretando-as, verificará qual deve ser aplicada ao caso. Apenas nesse momento é que a norma se concretiza, pois anteriormente há apenas um texto.

As questões que envolvem a interpretação das normas relembram também a antiga dicotomia³³ entre *mens legislatoris* e *mens legis*. Seria atividade do intérprete ater-se à vontade do legislador ou à da lei?

Atualmente, percebe-se que doutrina inclina-se muito mais à *mens legis*. Paulo Nader coloca que “A lei não seria produto de uma só vontade, mas resultado do

³² BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

³³ Paulo Nader preleciona que a primeira corrente, a teoria subjetiva, estava influenciada e impressionada pelo Código Napoleônico e encontrou seus principais defensores na Escola da Exegese, que, assim, pregava a interpretação literal dos textos. No entanto, impulsionados pela concepção evolutiva do Direito, os objetivistas defendiam que o intérprete deveria pesquisar a vontade da lei e não do legislador, uma vez que o legislador, quando elabora um texto normativo, não pode pressentir a infinidade de situações que serão alcançadas no futuro. (Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. pp. 261-262-263.)

querer social.”³⁴ Maria Helena Diniz defende que: “O sentido incorporado na norma é mais rico que tudo que seu criador pensou, porque ela, pelo seu dinamismo, é suscetível de adaptação.”³⁵ Rizzatto Nunes também analisou a questão da seguinte forma: “Acontece que as circunstâncias sociais para as quais a norma foi criada se alteram com o passar do tempo, em função do dinamismo social, sem que os legisladores possam prever tais alterações. E a norma, estando em vigor, deve ser analisada em função das mudanças sociais ocorridas.”³⁶

Não podíamos deixar de citar aquele que, no direito pátrio, talvez tenha sido o jurista que mais se dedicou a estudos sobre a hermenêutica, o Prof. Carlos Maximiliano: “O indivíduo que legisla é mais ator do que autor, traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexamente, às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre.”³⁷

Complementando a assertiva acima, Humberto Ávila ratifica mais tecnicamente que:

“(...) o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.”³⁸

A constatação de que os significados são construídos pelo intérprete não significa aceitar que não há nenhum significado na própria estrutura comunicativa do dispositivo normativo. A linguagem como fonte da comunicação possui de *per si* uma carga de significados que são compartilhados de forma geral pelos sujeitos. Se assim não fosse, ninguém se comunicaria, ou seja, jamais uma pessoa compreenderia o que a outra diz ou escreve. “Neste sentido, Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há

³⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. p. 262

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. 427

³⁶ NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. pp. 244-245

³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 36

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. pp. 31-32.

sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral.”³⁹

Por isso, pode-se dizer que há certas palavras que possuem certos sentidos construídos no uso cotidiano, que são anteriores à atividade do intérprete e que interpretar é, portanto, construir a partir de algo. Esses núcleos de sentido, ou de sentido mínimo, deverão ser como um ponto de partida, uma referência inicial para a interpretação, e representam, assim, certo limite, já que o intérprete que não mantém ao menos o sentido mínimo nega totalmente o disposto no texto e, em última análise, cria dispositivo.

Humberto Ávila traz em sua obra interessante constatação:

Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica* não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

Isso reafirma e enfatiza a inferência de que as normas são o resultado da interpretação a partir de um dado dispositivo. A norma não é, definitivamente, o próprio dispositivo. “(...) A qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração construtiva do intérprete.”⁴¹ Ou ainda no dizer de Berberi: “Destarte, resta claro que norma e regra são distintas, sendo que tanto as regras quanto os princípios servem de base para a criação de normas, as quais são produtos mentais do intérprete.”⁴²

Daí a importância de elucidar os conceitos de regra e princípio. Sem critérios para estabelecer tal distinção, o intérprete não poderá qualificar uma norma como regra ou como princípio e assim levar-se a conclusões erradas, ou no mínimo inadequadas, já que cada tipo de norma exige do intérprete uma postura diferenciada.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 32

⁴⁰ Ibid. p. 34.

⁴¹ Ibid. p. 35.

⁴² BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 50.

1.2.3. Regras e Princípios

1.2.3.1. Reflexões preliminares

Do latim *regula* originaram-se na nossa língua dois vocábulos: régua e regra. E nos explica Miguel Reale: “Que é régua? É uma direção no plano físico. Que é regra? É a diretriz no plano cultural, no plano espiritual.”⁴³ Posteriormente, o autor propõe que “A regra representa, assim, um módulo ou medida da conduta. Cada regra nos diz até que ponto podemos ir, dentro de que limites podemos situar a nossa pessoa e a nossa atividade.”⁴⁴

Note-se que os vocábulos norma e regra apresentam nas suas definições nominais elementos convergentes. As idéias de comportamento normal e de medida de comportamento apresentam certa equivalência recíproca e é natural que os significados construídos a partir disso sejam realmente confusos. A medida do comportamento, ou seja, o limite de até onde posso agir é justamente o meio de se exigir o comportamento normal, esperado.

A regra é meio de exigir um determinado comportamento, enquanto a norma é a própria exigência do comportamento. A regra é a descrição da conduta a ser observada para que se atinja a proteção a determinados. As regras não fazem, mormente, referência direta a valores, mas a meios de atingi-los, através das condutas descritas. Pode-se dizer que é através da regra que a norma se materializa. Assim, a regra que estabelece a proibição do homicídio estabelece apenas um meio de proteger a vida como valor essencial à sociedade; bem como a regra que autoriza a legítima defesa que constitui mais um meio de proteger o valor da vida.

Os princípios, por sua vez, constituem assunto mais controvertido. Sua definição nominal, conforme o dicionário Houaiss estabelece: “o primeiro momento da existência (de algo); o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão.” Os princípios são, portanto o início, a base sobre a qual algo se constrói.

⁴³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 36

⁴⁴ Ibid. p. 37

Nada se constrói sem base, seja uma casa, um conceito, uma regra, já que não se pode admitir que as coisas simplesmente existam sem que haja razão específica. Os processos e objetos que nos circundam possuem uma razão e não são fins em si mesmos. Há uma base motivadora sempre. Não comemos simplesmente por comer. A alimentação tem por base a própria subsistência. Há pessoas que, no entanto, forçam-se a comer demais, pois a base é a gula ou o prazer; outras, ao contrário, forçam-se a comer muito menos do que precisam, pois a base é vaidade estética. Então, por mais mecânicos que pareçam determinados processos, há neles um pressuposto específico de existência que constitui um princípio. Se uma pessoa deixa de ser gulosa, não mais haverá razão para que extrapole na alimentação. Por isso insistem os médicos em que os regimes proponham uma nova reeducação alimentar e não apenas um controle de restrição. Assim, se a base é retirada, o resto desmorona; mas se o resto é retirado, a base permanece. Por conseguinte, defendemos que a base é o que existe de mais importante. Nesse contexto, os princípios gozam de importância ímpar, pois determinam como deverá ser o resto, havendo, dessa forma, uma necessidade de adequação entre a base e a construção.

Os princípios, trazidos ao campo das ciências éticas, representam a idéia de um valor; pois é sobre valores que construímos nossa personalidade, nosso modo de vida. Os princípios, ao contrário das regras, não prescrevem como agir. Os princípios são referências diretas a valores, e assim fornecem substrato às regras. O princípio diz o ser; a regra diz como chegar a esse ser. Ambos são normas, na medida em que representam uma medida de comportamento, o primeiro privilegiando o que se pretende preservar e o segundo privilegiando uma forma específica de se preservar.

Não há como negar, por exemplo, a existência, no ordenamento jurídico, do princípio da proteção da vida humana. Note-se que há referência direta ao valor “vida humana”. Há, no entanto, diversas regras que prescrevem como se deve agir para preservar a vida humana, a exemplo do homicídio, do infanticídio, da proibição da tortura, da não possibilidade da instituição de pena de morte etc. As regras, como se vê, gozam de especificidade na descrição e de fundamentação implícita, pois não trazem

referência direta a valores. Ambos são normas; visam à conduta humana de forma distinta e em níveis distintos.

Disso se desenvolve uma importante inferência: se as normas visam à conduta humana para, limitando-a, vislumbrar a realização de certos valores; e se os valores são mais diretamente representados pelos princípios que pelas regras, estas apresentam referibilidade àqueles, isto é, uma regra terá sempre na sua base um ou mais princípios. A regra de não matar tem por princípio a proteção da vida; a regra que estabelece o direito de mudança de nome tem como princípio a dignidade humana. Se a regra pretende realizar um determinado valor, há, pois, um ou mais princípios que justificam a existência dessa regra.

Uma discussão jurídica deve sempre incluir, *a priori*, uma discussão sobre princípios, pois se o Direito deve representar um sistema de garantia de valores, uma discussão sobre regras que não inclua uma discussão sobre princípios será mais superficial, não atingindo a *ratio juris*. Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que “Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.”⁴⁵

Como se viu, procurou-se enfatizar a carga axiológica dos princípios e a descrição de condutas nas regras e, portanto, a referibilidade das regras aos princípios. Esta abordagem geral foi apresentada na intenção de incentivar uma noção inicial do que sejam normas e regras e confirmar a complexidade do assunto. Antes, porém, de identificar critérios tecnicamente mais apurados da distinção das espécies normativas, entende-se que é de bom grado visitar as matrizes epistemológicas às quais se associam as doutrinas que serão vistas posteriormente para, assim, identificar como se estabeleceu historicamente uma ambiência favorável ao desenvolvimento e aceitação de novos postulados acerca das espécies normativas, especialmente dos princípios.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 259.

1.2.3.2. Os princípios no pensamento jurídico e a crise dos paradigmas

Já conhecida a problemática que envolve princípios, seria no mínimo impróprio estabelecer critérios de diferenciação das espécies normativas dissociados de suas respectivas matrizes epistemológicas. A ciência, como se sabe, é relativista, pois como atividade de afirmação do “correto”, do “verdadeiro”, estabelece postulados basilares, pressupostos que indicarão uma coerência lógica de suas afirmações.

Inevitavelmente, a pluralidade de concepções de mundo, de realidade, de verdade, faz com que a ciência também seja pluralística, estabelecendo-se, assim, correntes de pensamento, paradigmas, cada qual com suas próprias concepções, que se enfrentam na tentativa de impor-se como “a melhor explicação”. Assim, cabe analisar de que forma evoluíram tais conceitos, a partir de uma ótica matricial, ou seja, conforme a concepção de Direito dos paradigmas dominantes.

Segundo Paulo Bonavides, “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.”⁴⁶

Conforme a concepção mais antiga, ou seja, o jusnaturalismo, os princípios são compreendidos numa ótica de abstração e carentes de normatividade, contudo com forte reconhecimento “de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados da justiça.”⁴⁷

É típica a relação que se estabelece entre o jusnaturalismo e a abstração. Os famosos postulados de leis imutáveis, eternas e universais, apesar de compreendidos pela maioria, foram e por muito tempo serão questionados pela suposta ausência de cientificismo. Se as leis são divinas, onde estão esses deuses? Podemos vê-los? Quem garante (prova) a existência desses postulados?

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 259.

⁴⁷ Ibid. p. 259.

Sabe-se ainda que, numa segunda fase, já enfraquecido diante de um positivismo que tudo pretendia provar e dotar de segurança e certeza, o jusnaturalismo cedeu lugar à razão humana, passando a justificar nela seus postulados, como ensina Maques Neto: “Em todas as suas principais tendências, acima sintetizadas, o jusnaturalismo é fiel ao pressuposto apriorístico: há uma lei natural, eterna e imutável, que se traduz na existência de um universo já legislado; essa lei pode ser reflexo da inteligência divina, ou resultar da ordem natural das coisas, ou da consciência do homem, ou de seu instinto social.”⁴⁸

Assim, os princípios justificados no jusnaturalismo carecem de materialidade, de prova, de cientificismo. A metafísica supostamente inerente à escola do Direito Natural lhe rendeu inúmeras e pesadas críticas. No entanto, uma das principais, senão a principal questão que envolve o Direito, a justiça, até hoje não foi bem explicada pelo positivismo e a ela ninguém nega existência.

Particularmente para esta pesquisa muito contribui o pensamento da Escola do Direito Natural, no que se refere à compreensão de que o Direito não pode distanciar-se de perseguir a justiça pela reverência à lei posta. É certo que o jusnaturalismo propõe uma concepção de princípios que os coloca fora do ordenamento, como elemento de transcendência e, assim, carente de normatividade, contudo, os coloca, e talvez seja esse o maior legado da Escola do Direito Natural, em posição preponderante sobre as outras normas (as quais devem se amoldar a eles).⁴⁹

Pela intensa carga valorativa que o jusnaturalismo imprimiu à caracterização do Direito, o que levaria, conforme a crítica, à situação de insegurança jurídica, dada a subjetividade no trato das questões⁵⁰; bem como pelo advento da codificação, ascende o pensamento juspositivista⁵¹.

Paulo Bonavides atesta que “a segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte

⁴⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. p. 104.

⁴⁹ Cf. BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 50.

⁵⁰ Cf. BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**, p. 50.

⁵¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 263.

normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’ que ‘garante o reinado absoluto da lei’.⁵²

O mesmo autor buscou na lucidez do pensamento Flórez-Valdés uma forma sintética e inicial de compreender a concepção positivista sobre os princípios:

Estes princípios – acrescenta literalmente o mesmo autor – se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares (...). Os princípios, com efeito – prossegue – já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem – conclui – não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis.⁵³

Com o relato, pode-se marcar qual tônica diferencia a concepção jusnaturalista da juspositivista: para a primeira corrente, são os princípios que fundam o Direito Positivo e para a segunda, é deste que aqueles decorrem. O embate decorre, assim, de um lado pelo excesso axiológico e de outro, pela sua quase-ausência.

Note-se que a fase positivista, apesar de reconhecer os princípios como decorrentes das próprias leis, e assim colocando-os em segundo plano; admitem, contudo, ao contrário do jusnaturalismo, sua existência dentro do ordenamento jurídico, ainda que com reconhecimento embrionário, questionável e reduzido de sua normatividade.

A fase pós-positivista se caracteriza pelos movimentos constitucionais que se alastraram no século XX. Um período no qual os princípios sofriam uma importante transição: da concepção jusprivatista à juspublicista. A incorporação dos princípios aos textos constitucionais dotou-os de posição privilegiada no sistema jurídico, com renovada dimensão normativa. O que antes era denominado meramente *princípios gerais de direito*, passou a ter um novo ângulo de análise, incorporando o ordenamento jurídico como norma-princípio.⁵⁴

⁵² Ibid. p. 262

⁵³ Ibid, p. 263.

⁵⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 264.

Não há como negar que os movimentos constitucionalistas têm destacado papel na contribuição ao reconhecimento dos princípios. É interessante assinalar que ao serem incorporados às constituições passam a incorporar, assim o mais alto escalão das normas positivas. É inclusive adequada essa posição dada aos princípios, ao passo de que assim como os princípios representam o “começo de algo” é sobre a Constituição que se constrói o sistema jurídico.

Nesse ponto, o pensamento jurídico dominante entra em profunda crise e passa deveras a questionar seus postulados, pelo que se nota na posição de Bobbio:

Concluindo: a versão moderada do positivismo ético difere da extremista porque, à diferença desta última, não diz que o direito é um bem em si, e antes o valor supremo, pelo que se necessita sempre a ele obedecer, mas diz somente que o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a consequência de que, se desejamos tal bem, devemos obedecer ao direito. Porém, a versão moderada não diz que a ordem seja o valor supremo; se, num determinado momento histórico, um certo valor parece superior à ordem existente e com ela contrastante, pode-se então romper a ordem (mediante um processo revolucionário) para realizar tal valor. Notamos, todavia que, segundo a experiência histórica, as revoluções começam por destruir a ordem (uma certa ordem: a existente) e acabam por instaurar a ordem (uma nova ordem, inspirada na ideologia própria da revolução); aqueles que eram, primeiramente, adversários do direito tornam-se os seus valentes defensores.⁵⁵

O trecho acima reflete o chamado *positivismo ético moderado*, que, conforme Luiz Paulo Rouanet, se caracteriza por reconhecer que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio. Conforme a versão moderada, o Direito não é (como sustenta a versão extremista) sempre por si mesmo justo, pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar certo valor.⁵⁶

Há que se indagar sobre essa nova dimensão apresentada pelo positivismo ético moderado. Aparecem nessa “versão”, como se depreende claramente de Bobbio, que a possibilidade de romper com o sistema posto seja talvez aceitar que todo sistema posto não será válido em si mesmo e sempre passível de questionamento, algo que para o

⁵⁵ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 61.

⁵⁶ ROUANET, Luiz Paulo. **Positivismo jurídico versus justiça social?**. Grupo de estudos ética e justiça. Disponível em: [http://br.geocities.com/eticaejustica/texto6.html]. Acesso em: 10/11/2006.

positivismo clássico não merece guarida por afrontar o princípio da segurança jurídica. Berberi, nesse sentido, faz importante análise:

Depois, partindo da idéia da versão moderada do positivismo ético, não seria possível sustentar que dita versão seria propriamente a negação do positivismo, dada a possibilidade de um questionamento valorativo do ordenamento? É de se observar que este questionamento valorativo não se liga propriamente à validade ou validade jurídica, mas sim ao valor, posto ser uma versão ligada à ética, a qual o positivismo, da forma como originalmente concebido, repudia com veemência. Portanto, é possível concluir que o que se teria com a dita versão moderada seria uma outra escola, muito mais próxima da idéia de justiça do que daquela de segurança jurídica.⁵⁷

E sobre a possibilidade de romper com o sistema através da revolução, sabemos que no mundo atual as revoluções acontecem (ou deveriam acontecer) praticamente todos os dias, frente à miséria, à corrupção, à desigualdade, exclusão, abuso de poder etc., sem, contudo essa conotação de violência “organizada”, movimento armado ou outra coisa que o valha. A revolução pode acontecer pela via democrática, capitaneada, por exemplo, por magistrados que desafiam o sistema quando este parece se valer do Direito para pregar a injustiça e se libertam das amarras positivistas do fetichismo à lei; ou um dado corpo estudantil, ou associações de moradores, ou ainda cada indivíduo que busca o Ministério Público e nele pretende enxergar um órgão atuante que acredita na sua precípua função de fiscal da lei e não pela lei.

Esta fase de turbulência, na qual os princípios, normas mais intensas em conteúdo axiológico, passam a receber a força do direito público, incorporados aos textos constitucionais, coloca em xeque os postulados dos paradigmas dominantes, como reflexo de sua insuficiência na compreensão do mundo que se apresenta, abrindo espaço para a superação dialética; um pecou pelo excesso: o Direito é valor; e o outro pela falta: Direito sem valor. Eis o pós-positivismo: Direito é valor normado.

⁵⁷ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 61

1.2.3.3. Evolução doutrinária da diferenciação entre regras e princípios: as bases do pós-positivismo

Nessa parte, o objetivo é analisar de que forma a doutrina encontrou critérios para fortalecer a noção de princípios como normas e também em que medida estes se diferenciam das regras e, assim, fixar seu elevado grau de importância para a teoria e aplicação do Direito, no contexto do pós-positivismo.

Walter Claudius Rothenburg afirma que “Essa diferença é quase evidente ante o caráter amplo e ‘abstrato’ dos primeiros (princípios), face a uma maior especificidade dos últimos (regras). A diferença, porém, não é tão simples de ser precisada.”⁵⁸ A respeito do mesmo critério, Paulo Bonavides retoma Boulanger, a quem chamou de *o mais insigne precursor da normatividade dos princípios*: “(...) existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios. (...) O princípio, ao contrário (da regra) é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.”⁵⁹

Como já dito, os princípios possuem uma generalidade característica, uma abrangência aberta em relação às regras. O princípio da dignidade humana pode servir à situação de um transexual que pleiteia a mudança de nome, bem como à disponibilização de vagas em escolas ou, ainda, para justificar, talvez, a inconstitucionalidade de uma outra norma que, ao ferir o direito de moradia, também fere de morte esse princípio. A regra que estabelece a proibição ao homicídio não alcança o furto e nenhuma outra situação senão a do homicídio. Há certas regras como, por exemplo, as relativas à capacidade, constantes no diploma civil, que possuem, a exemplo do art. 4º.⁶⁰, um maior grau de generalidade, já que se aplica a várias situações; no entanto é uma generalidade ainda limitada, já que traz nos incisos quais são as “várias situações” a serem abrangidas

⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 13.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 266.

⁶⁰ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

pela norma. Esse é um critério válido, mas não é suficiente para atestar exclusivamente a dimensão dos princípios.

Humberto Ávila, em sua obra, inicia tal digressão histórica a partir de Josef Esser para quem “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”.⁶¹ Fica claro que, para Esser, a distinção entre princípios e regras não reside apenas no grau de abstração, sendo um critério qualitativo e não meramente quantitativo. Os princípios se constituem no próprio critério para que a regra (mandamento) mais adequada ao caso seja encontrada.

A concepção de Karl Larenz se assemelha à acima, como atesta Bonavides: “Os princípios ‘abertos’ de Larenz correspondem em grande parte, com ligeira variação, aos princípios ‘informativos’ de Esser.”⁶² Larenz define os princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”⁶³. Assim, como na concepção de Esser, os princípios para Larenz não constituem norma suscetível de aplicação, mas indicam a direção em que está situada a regra a ser encontrada.

Ainda que de lado oposto, um grande representante do jusnaturalismo, Del Vecchio, falava em defesa dos princípios com semelhança às concepções *supra*:

Assim, as regras particulares do direito não se tornam verdadeiramente inteligíveis se não se relacionam com os princípios onde procedem; muito embora estes não se achem, e a maior parte das vezes não estarão, formulados nos códigos. Daí a necessidade, para a prática judicial inclusive, de uma profunda elaboração científica do direito, vale dizer, de uma construção lógica e sistemática, na qual idéias diretoras e os princípios informativos de todo o sistema tomem o primeiro posto em relação às disposições particulares.⁶⁴

Segundo Claus-Wilhelm Canaris *apud* Humberto Ávila, “os princípios ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso,

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 35.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 270.

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 35.

⁶⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais de direito**. Trad. de: Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 21.

de regras para sua concretização.”⁶⁵ Nesse ponto, os critérios de distinção se enriquecem: da distinção quanto à abstração ou generalidade dos princípios, passou-se ao reconhecimento de seu fundamento normativo, ou seja, de apontar a direção da norma a ser aplicada ao caso; já Canaris menciona o fundamento axiológico, que destaca a importância dos princípios no que tange à sua referência direta a valores.

Isso serviu não para demonstrar de forma completa a visão desses autores sobre os princípios, nem tampouco estabelecer que foram os únicos ou mais importantes doutrinadores sobre o tema, mas para enfatizar que se trata de um conceito que, aos poucos, foi agregando elementos característicos e, portanto, evolutivos.

É importante também explicitar que, de todas as abordagens, extrai-se a exaltação dos princípios como fundamental à compreensão do Direito como sistema. Canaris, um dos grandes nomes das teorias sistêmicas, pondera que sobre o conceito de sistema ainda é dominante a noção de Kant como “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios.”⁶⁶ Foi Canaris quem alumbrou a teoria sistêmica do Direito, como enuncia Berberi:

Após fazer uma análise sobre diversos conceitos de sistema (Kant, Eisler, Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll, Coing), conclui o citado autor que duas características emergem em todos eles: a ordenação e a unidade, aduzindo que ‘a função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos valores jurídicos mais elevados.’⁶⁷

A noção de ordenamento jurídico como sistema é fundamental à interpretação do Direito. Sabe-se que os princípios possuem papel de destaque nesse contexto; se deles derivam as regras é com observância neles que se chegará ao sentido que a norma requer. Assim retoma-se para ratificar tais assertivas a lição de Miguel Reale sobre o tema: “Uma regra jurídica não pode nem deve ser tomada de *per si*, como se fosse uma proposição lógica em si mesma inteiramente válida e conclusa, pois o seu

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 36.

⁶⁶ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 75.

⁶⁷ Ibid, p. 76.

significado e a sua eficácia dependem de sua funcionalidade e de sua correlação com as demais normas do sistema, assim como do conjunto de princípios que a informam.”⁶⁸

Até aqui fica caracterizado que, além de possuir uma generalidade mais intensa que a regra, assim como um pressuposto axiológico explícito mais intenso, os princípios desempenham função essencial no sistema e assim indicam que as regras devem ser interpretadas com sua observância. Faz-se mister ressaltar que às regras não sobra qualquer traço de desprezo, bem mais ao contrário, imprimem-lhe a função de mandamento essencial ausente no princípio. Resta enfraquecida a noção positivista de que é das regras que derivam os princípios através de sucessivas generalizações ou abstrações. Pode ser que este seja um método para se descobrir os princípios, mas isso implica afirmar que são anteriores às regras.

Note-se que há no discurso positivista duas contradições fundamentais: se os princípios são obtidos pela generalização das normas (regras), por que negar-lhes normatividade? Além disso, como vislumbrar que a base seja posterior ao resto? É o mesmo que sustentar que primeiramente concebe-se a idéia de não matar, para depois pensar-se em respeitar a vida. Soa no mínimo confuso. O que pode acontecer é que os valores implícitos às regras passaram a ser reconhecidos, descobertos, mas não criados. Descobrir é, pois, retirar o manto da obscuridade de algo que já existia. Assim, entende-se mais coerente admitir que os princípios é que inspiram as regras e não o contrário.

Bobbio, citado por Berberi, refletindo sobre este aspecto ponderou:

Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se vê por qué éstos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea, la función de regular un caso.⁶⁹

⁶⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. Tomo II. p. 207.

⁶⁹ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 78. Tradução livre: (Dois são os argumentos para sustentar que os princípios gerais são normas, e ambos são válidos: de acordo com o primeiro deles, se são normas aquelas que se extraem dos princípios gerais por meio de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que estes não devam ser normas também [das espécies animais obtenho sempre animais e não flores ou estrelas]. Em segundo lugar, a função para a qual se deduzem e se adotam é a mesma que se leva em conta para todas as normas, ou seja, a função de regular um caso.)

Do trecho acima se extrai a aparente confusão acerca da forma como se originam os princípios, o que talvez seja uma forma lógica de defender a sustentabilidade do positivismo, mas é o exposto reconhecimento de que princípios são normas.

Reforçando a concepção sistêmica do Direito, a importância e superioridade dos princípios neste contexto, traz-se à baila a análise de Berberi⁷⁰ de um trecho da revolucionária obra de Beccaria:

Percebe-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum. Qualquer outro meio não seria suficiente. Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebatam.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.

O autor demonstra assim, no tocante à aplicação das penas aos condenados, que tal medida é extrema, devendo-se necessariamente obedecer ao princípio maior que a configura, qual seja, o da privação mínima de liberdade (não exasperação da pena). Em assim sendo, a imposição de uma pena que ultrapasse esse limite dado pelo princípio é injusta e quebra o sistema forjado a partir dele.

A citação acima é de extrema relevância, pois confirma não apenas a possibilidade de conceber o Direito como sistema, mas ressalta o papel singular e superior dos princípios dentro do sistema.

No esteio da evolução do reconhecimento da normatividade dos princípios, deparamo-nos com a valiosa contribuição desenvolvida por Vezio Crisafulli,

⁷⁰ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**, pp. 78-79.

que propôs um importante conceito de princípios, como relata Paulo Bonavides: “Entende esse constitucionalista por princípio ‘toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares’”.⁷¹

Dessa forma, ratifica-se claramente que uma nova concepção passa a ser impulsionada no meio doutrinário: o reconhecimento da normatividade dos princípios e a subordinação das normas particulares (regras). Os princípios são, pois, direito positivo e deles é que decorrem as regras, compondo, assim, um sistema de normas cuja dinâmica prevê a subordinação destas àqueles.

Continuando a explanação evolutiva é necessário referenciar outro autor italiano, Quadri que, numa singela conceituação de princípio, dá ainda que resumidamente a real dimensão da sua importância: “(Quadri) denomina princípios ‘as normas que são expressão imediata da vontade do corpo social.’”

Isso para ilustrar que em meio a tantas características, o relato de Quadri retoma uma afirmação que se defende intensamente nesse trabalho: o princípio se destaca por representar mais diretamente o anseio social, pelo fato de que carrega e expressa uma carga axiológica intensa; e se o Direito ao visar à conduta humana pretende resguardar e realizar valores, é justamente nos princípios que se expressam que valores foram escolhidos pela sociedade.

Esse sucinto relato demonstrou de que forma a doutrina, ainda atrelada aos paradigmas dominantes, passou a reconhecer a importância dos princípios para o Direito, agregando paulatinamente elementos característicos que muito contribuíram para a formação de uma consciência histórica de evolução desse tipo de norma. Como se verá a seguir, o grande passo no reconhecimento aos princípios veio no esteio dessa evolução conceitual, quando as condições históricas de crise, dada a insuficiência dos paradigmas dominantes, cederam espaço à sua superação.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 273.

1.2.3.4. Os critérios diferenciadores no pós-positivismo

O pós-positivismo, como já dito, é o conjunto de propostas que indicam a superação do paradigma do positivismo clássico. É o distanciamento da concepção de Direito centrada na crença dogmática à lei e na segurança jurídica. Se as discussões normativas antes privilegiavam a legalidade, atualmente recebem um foco diferenciado, mais preocupado com o efetivo papel do Direito na realização da justiça (não nos moldes de um jusnaturalismo metafísico), talvez, provavelmente, porque o modelo positivista mostrou insuficiência e deixou muito mais interrogações que respostas.

Como, por exemplo, explicar dentro da exatidão do positivismo o fato de que os mesmos tipos de fato, praticamente idênticos, sejam julgados de forma diferente, se a legislação aplicável é a mesma? Como admitir nesse contexto que a tarefa do juiz é a de aplicar a lei? Para que serve a lei? Para ser aplicada? Mesmo que não realize a justiça? Aliás, se a lei, como objeto do Direito, visa garantir a ordem e a justiça, como explicar as situações em que não realiza nem ordem, nem justiça? Mesmo assim, só por ser lei, deve ser aplicada?

Estes questionamentos podem também ser aplicados à problemática central dessa pesquisa. A exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família é assunto controverso e, como se viu, no julgamento dos recursos especiais, apesar de normas idênticas estarem disponíveis aos magistrados, no entanto os entendimentos foram diversos. Ora, não é possível que não se perceba a força não só do direito constitucional à moradia, mas de todas as normas constitucionais, como o princípio da isonomia e o da dignidade humana. Realmente não é possível; tanto que boa parte dos Ministros julgou de forma diversa, sem contar a evolução do assunto na doutrina. O que se pretende mostrar nesse momento é que o projeto positivista de segurança jurídica dá claros sinais de abalo.

Obviamente que não se pretende dar resposta conclusiva a todos esses questionamentos, mas apresentar uma reflexão baseada nos princípios que possibilite

demonstrar que a lei não é exclusivamente a única forma de tentar garantir a ordem e a justiça, e que estas dependem mais dos homens que da lei. É oportuna a contribuição de Berberi ao referenciar dois importantes autores portenhos: “*Las normas dicen lo que algunos hombres dicen que ellas dicen*”⁷². E continua o autor: “Tem-se, em *ultima ratio* um Direito de homens; e não um Direito de leis. Tanto que, não raro, mudam os homens e não se necessita mudar as leis; da mesma maneira como – o Brasil é, quiçá, o seu campeão – mudam-se as leis e, não se mudando os homens, nada se muda.”⁷³

Uma teoria normativa com instrumentos que diminuam a distância entre a sociedade e o direito parece ser mais apta a apresentar possibilidades de respostas. Os princípios, pela sua carga axiológica intensa, mostram-se mais aptos a revelar um querer social essencial, aproximando-se, assim, da sociedade. Como uma espécie de elo, de elemento unificador, o princípio tem numa de suas pontas os valores sociais e, na outra, a normatividade jurídica.

Este distanciamento do Direito em relação à sociedade é notório, basta observar os preciosos estudos de acesso à justiça,⁷⁴ que muito têm despontado na seara doutrinária. No que tange ao distanciamento da lei em relação à sociedade, não há como negar que própria linguagem legislativa é uma injustiça em si mesma, pois até que se resolvam os problemas da educação, a lei mais se assemelha a uma bula de fármaco. O homem médio não raciocina mediante processos legais, porque não lhe é, em geral acessível, cognoscível, mas mediante processos axiológicos, ou seja, o que é ou não é correto, não só em relação a si mesmo, mas também em relação ao seu grupo social, ou seja, conseguindo representar mentalmente o que é o melhor para si e para o grupo. E o faz, sem especificações, mas baseado em premissas mais genéricas. O homem médio quer proteção à vida, não importa se a legislação passe a criar as figuras do homicídio, infanticídio, genocídio etc. A técnica legislativa é complexa, mas ineficaz se tomada como um fim em si mesma.

⁷² Tradução livre: As normas dizem o que alguns homens dizem que elas dizem.

⁷³ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 78.

⁷⁴ Sobre o tema Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. por Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1988.

Por que, por exemplo, a corrupção que estremeceu o país no ano que acaba (2006) é tratada como um problema da administração pública? Será que alguém do povo consegue compreender o que é imunidade parlamentar? Mas a lei assim determina! O desvio de dinheiro público poderia ser entendido num contexto principiológico, de forma mais aberta, e até mesmo extremista, como um crime contra a vida, pois grande parte do caos da saúde pública, por exemplo, resulta da falta de repasse da arrecadação da CPMF. Ora, que diferença há entre um homicida flagelado e um marajá corrupto? Não se pode conceber no discurso legalista que o bem jurídico protegido nesse caso não é a vida! O funcionário público que desvia recursos sabe exatamente onde esses recursos seriam aplicados. A intenção dele não é matar? Não nos aprofundemos nessa questão que aqui se faz ilustrativa. Essa reflexão propõe apenas que a lei em si mesma não é suficiente e pode, inclusive, nos levar à condição (na qual talvez já estejamos) de sob o seu reinado proteger situações de flagrante incoerência e injustiça.

Na tentativa de estabelecer a transição da concepção evolutiva dos princípios para o seu estágio mais avançado, valhamo-nos da lição de Paulo Bonavides que bem a resumiu:

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.⁷⁵

Assim, passaremos a analisar os argumentos de alguns dos principais teóricos que apresentaram sólidas reflexões e lançaram os princípios no centro de uma teoria normativa.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 294.

Um desses grandes pensadores é Ronald Dworkin. Com vasta obra dedicada à questão dos princípios, carrega consigo a ironia de ocupar a cadeira (*Jurisprudence*), na prestigiosa Universidade de Oxford, que pertencia a Herbert Lionel Adolphus Hart, importante teórico do positivismo contemporâneo. “A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*).”⁷⁶ Mais especificamente, o próprio Dworkin diz em uma de suas obras que “A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica.”⁷⁷

O precitado autor justifica seu combate ao positivismo: “O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade.”⁷⁸ O discurso incisivo e provocante, além de revelar o repúdio pelo positivismo jurídico na sua base ideológica, manifesta claramente sua predisposição para uma teoria normativa não baseada exclusivamente em regras, mas em normas “anteriores” àquelas do Estado. Seria, pois, uma retomada do jusnaturalismo?

A justificação desse ataque ao positivismo é longamente arrolada em suas obras. Fundamentalmente, Dworkin parte da análise de como devem ser decididos os “casos difíceis”, o que se explica da seguinte forma: a) primeiramente reconhece a dificuldade da subsunção, já que determinados casos podem se mostrar, por sua complexidade ou variedade, tão específicos que fogem ao alcance da lei; b) se é possível, dessa forma, que para determinados fatos a lei seja ou insuficiente ou inexistente, deverá o juiz recorrer a uma forma alternativa de solução que não são as fontes subsidiárias a exemplo do costume jurídico e judiciário, pois estas suplantam a falta da lei e não constituem necessariamente casos difíceis, pois apresentam solução advinda do próprio Direito do Estado ou Positivo; c) a forma alternativa de solução de casos difíceis está para o direito

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 36.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XII

⁷⁸ Ibid. p. XIV

positivo no poder discricionário, que são padrões estipulados pelos juízes conforme suas próprias convicções (uma espécie de avaliação de quem tem razão através de um bom senso pessoal), o que é perfeitamente viável para o positivismo, já que este poder lhe foi conferido por autoridade competente; d) no entanto, para Dworkin, assim como o Direito não enuncia simplesmente o que os cidadãos particulares devem ou não fazer, esse mesmo Direito não aconselha meramente os juízes sobre as decisões que devem tomar, mas determina que eles têm um dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões, caso contrário a existência das normas e do próprio Direito não teria qualquer razão de ser; e) o modelo positivista considera que uma ação judicial que não pode ser submetida a uma regra de direito clara será resolvida pelo poder discricionário do juiz, que decidirá dando ganho de causa a uma das partes, porém aqui abrem-se duas hipóteses justificadoras na lógica positivista: explicar que uma das partes ganhe a causa significa dizer que seus direitos, preexistentes ao julgamento, mas que não estão na lei, foram reconhecidos no julgamento. No entanto, como poderiam reconhecer como jurídico um direito não previsto nas regras positivas? Seria uma justificativa que levaria à auto-negação de toda a base da doutrina positivista! Talvez seja mais apropriado para o positivismo o argumento de que uma nova categoria de direito surgiu a partir do julgamento, ou seja, o juiz legislou uma nova regra e a aplicou retroativamente. Dessa forma, até que ponto pode ser este sistema de Direito apto à sociedade se não consegue, principalmente nos casos difíceis, estabelecer critérios concretos que habilitem saber se um fato representa ou não um direito de uma pessoa a ser reivindicado, bem como uma obrigação jurídica que possa ser exigida?⁷⁹

Nesse contexto, a lógica de Dworkin dirige pesadas críticas à tese hartiana das normas de reconhecimento⁸⁰. Se estas normas pretendem verificar e justificar como jurídicas as normas que fixam a conduta, pretendem, assim, fornecer uma espécie de teste apto a separar as normas jurídicas e das não jurídicas. Assim, analogicamente, uma norma do código penal tem validade, porque se apóia no ato legislativo de edição desta

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *passim*

⁸⁰ Miguel Reale, ao analisar a classificação das normas, explica os conceitos de Hart: normas de reconhecimento seriam aquelas que se destinam a identificar as normas primárias (que criam obrigações jurídicas), possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento (Lições preliminares de direito. p. 98).

norma; o ato legislativo que aprovou esta norma, por sua vez, se apóia na norma constitucional que confere poder e competência ao legislativo para criar esse tipo de norma. Mas que norma de reconhecimento auferir a origem da norma que o juiz “cria” num caso difícil? O poder discricionário seria, então, a fonte da norma que estabelece uma obrigação jurídica naquele caso difícil. Se o poder discricionário consiste no fato de o juiz aplicar ao caso padrões de sua própria convicção, que não são direito, mas moral, o teste de juridicidade das normas proposto pelo positivismo de Hart é ineficaz, já que não consegue separar padrões jurídicos dos extrajurídicos.⁸¹

Por não acreditar que exista um teste capaz de separar totalmente o direito da moral e, assim, concebendo uma concepção ética do Direito, Dworkin pondera que:

A doutrina positivista do poder discricionário exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem poder discricionário, então não existe nenhum direito legal ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele deva reconhecer. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida.⁸²

Consoante com as interpretações aqui apresentadas sobre a obra de Dworkin, Paulo Bonavides afirma que sua teoria se fundamenta na rejeição de três dogmas fundamentais do positivismo:

O primeiro, diz ele, é o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais (*social standards*) aferidos por algum *test* na forma de regra suprema (*master rule*). O segundo – prossegue – referente à doutrina da discricção judicial – ‘a discricionariedade do juiz’. E finalmente, o terceiro, compendiado na teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra estabelecida de Direito – uma lei – impõe tal obrigação, podendo ocorrer, todavia, a hipótese de que um caso complicado (*hard case*), em que tal lei não se possa achar, inexistindo a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro. E, se a aplicasse, isto configuraria legislação *ex post facto*, nunca o cumprimento de obrigação já existente.⁸³

Esta breve e resumida exposição sobre alguns pontos fundamentais da teoria de Dworkin visa demonstrar que este autor reconhece o Direito numa concepção ética e que os princípios representam uma possibilidade normativa para a decisão de um

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *passim*

⁸² *Ibid.* p. 71.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 265.

caso. Dessa forma, os princípios, no seu entender, gozam não só de normatividade, mas de possibilidade de aplicação no caso concreto. O problema não está, portanto, no reconhecimento dos princípios, tampouco no da sua normatividade, mas no seu não reconhecimento.

Dworkin não propõe apenas essas discussões genéricas de ataque ao positivismo, mas alinha critérios objetivos para distinção entre regras e princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁸⁴

É por isso que se pode afirmar que se A mata B, e existe uma regra que diz que se aquele que mata será recluso à prisão, esta regra fornece uma resposta ao caso, que deve ser aceita; da mesma forma podemos dizer, *grosso modo*, que sempre que um sujeito possuir um imóvel como seu e dele fizer sua moradia por 10 anos, terá direito à propriedade desse imóvel, já que há regra que fornece resposta a esse caso. Sempre que a regra fornecer resposta ao caso, deverá ser aplicada. Se um sujeito possui imóvel e dele faz sua moradia por 9 anos, a regra que permite a modalidade de aquisição de propriedade pela usucapião não será válida. Este é o sistema *tudo ou nada*: ou a regra é válida e deve ser aplicada ou não é válida e não deve ser aplicada.

Há casos ainda mais dramáticos, nos quais podemos aplicar a teoria de Dworkin: quando existe um conflito de regras, no qual uma diz exatamente o contrário do que a outra estipula. Esses são os casos que se resolvem pelos critérios fornecidos pelo positivismo, da hierarquia, da especialidade e o cronológico. Imaginemos que uma norma constitucional estabeleça que os órgãos públicos têm o dever de atender, mesmo que ultrapassado o horário de serviço, aqueles já estavam na fila ou receberam senhas até o horário limite; e que exista uma lei municipal que estabeleça que quando se atingir o horário limite de funcionamento da prefeitura, aqueles que estavam na fila ou receberam senha deverão preencher uma listagem que indicará a ordem de atendimento no dia

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39.

seguinte. Há, neste caso um conflito e apenas uma das regras poderá ser válida e outra deverá ser excluída do ordenamento.

Registre-se ainda que o autor desenvolve uma justificação para um problema colocado por Joseph Raz, a quem elabora precisa resposta. Dworkin é questionado sobre esse modo de aplicação das regras (*all or nothing*), pois, como se sabe, há situações de conflitos entre regras nas quais uma não exclui a outra. Raz lança à discussão o exemplo extraído do Direito Penal: a regra que proíbe uma agressão entra em conflito direto com a que permite a agressão em legítima defesa. “Ele acredita que, em casos particulares, nos quais essas duas regras entram em conflito, como no caso de alguém que comete alguma agressão em legítima defesa, é necessário que o juiz pese as duas regras e decida-se pela aplicação da mais importante.”⁸⁵ Mas Dworkin responde afirmando que essas situações não representam conflito entre regras. Pois “uma regra que expressa uma exceção a outra regra não está em conflito com ela.[...] Em conjunto, as duas normas determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa.”⁸⁶

Veja-se como na questão dos princípios a dinâmica é diferenciada: imagine-se um caso no qual um periódico publica ter sido A autor de um determinado crime, com base num inquérito policial. Posteriormente, vem a descobrir-se que A não havia cometido crime algum, e este processa o periódico, pela irresponsável informação divulgada requerendo indenização. Trata-se de um típico caso para se decidir que princípio deverá prevalecer: o da liberdade de expressão ou outros, como intimidade, honra e imagem, vida privada. Seja qual for o princípio que fundamente a decisão, todos eles são aplicáveis à situação. Um não exclui o outro. Não se trata de estabelecer que apenas um princípio seja válido e os demais, não. Assim, pode-se afirmar que, ao contrário das regras, mesmo que um princípio forneça resposta a um caso, isso não quer dizer que ele prevalecerá naquele caso. Nesse caso, o *tudo ou nada* não explica a dinâmica normativa dos princípios. De qualquer forma, dois princípios podem ser

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 116.

⁸⁶ Ibid. p. 117.

aplicados ao caso e um deles se sobressair, mas nenhum deles perde seu potencial de aplicação, nem sua validade.

Sabendo ser assunto controverso, o autor mais uma vez explicou a dinâmica normativa dos princípios:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’.⁸⁷

Tal assertiva mereceu o comentário de Humberto Ávila: “Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativamente maior se sobrepõe ao outro, sem que perca sua validade.”⁸⁸

Sobre o mesmo assunto, preconiza Paulo Bonavides que: “A dimensão de peso ou importância ou valor (obviamente numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério para distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância.”⁸⁹

Assim, por estes apontamentos pode-se inferir que os princípios pela sua dimensão de peso serão todos (desde que aplicáveis) aplicados a um dado caso. E o que tiver mais relevância naquele caso deverá prevalecer. Isto bem pode ser ilustrado com aquele exemplo em que incidiam os princípios da liberdade de expressão, de um lado e de outro, o da intimidade, da vida privada. Naquelas circunstâncias, a dimensão de peso do princípio da liberdade de expressão prevaleceu. No entanto, em outras circunstâncias, como, por exemplo, a divulgação de uma notícia cuja fonte de informação não apresenta o mínimo de fidedignidade, a dimensão de peso do princípio da intimidade provavelmente prevaleça.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 114.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 37.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 282.

Estes dois critérios apresentados por Dworkin representam uma evolução conceitual muito importante para a teoria dos princípios. Dworkin lança os princípios no centro das discussões jurídicas e imprime-lhes plena normatividade, comprovando que não só podem como devem incidir na solução de um caso. Mais do que isso, este polêmico pensador não só apresenta critérios para distinguir princípios de regras, mas fornece explicação sobre a forma diferenciada que cada espécie normativa atua ou incide num determinado caso. Além disso, através de suas concepções, põe em xeque o positivismo ao demonstrar que outros tipos de normas (princípios) incidem sobre um caso, não sendo o sistema jurídico formado exclusivamente de regras que dão conta de todas as situações que se apresentem ao um magistrado.

Outro eminente “principiologista”, cujas contribuições mantiveram a evolução do tema, é Robert Alexy, professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade Christian-Albrechts, em Kiel (Alemanha). Famoso por desenvolver juntamente com Ralf Dreier uma Teoria dos Direitos fundamentais, além de suas contribuições no estudo da Argumentação Jurídica, Alexy deu continuidade aos estudos de Dworkin no que tange à Principiologia Jurídica.

Alexy, de forma geral, não discorda de Dworkin, mas tenta aperfeiçoá-lo. Salienta o autor que tanto as regras quanto os princípios são normas, na medida em que ambos dizem o que “deve ser”. Logo, a distinção ocorre entre dois tipos de normas, sendo possível identificar, assim, três tipos diferentes de teses: a) Primus, todo intento de dividir as normas em duas classes é vã, devido a uma pluralidade realmente existente; b) Secundus, a distinção existe e é de grau de generalidade; c) Tertius, as normas podem dividir-se entre regras e princípios e existe diferença não apenas gradual, mas também qualitativa. O autor abraça expressamente a terceira tese.⁹⁰

Esta diferença qualitativa que propõe se fundamenta em considerar que a generalidade, que pode até ser uma característica da maioria dos princípios, não explica

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86

sua dimensão e importância. Há que se buscar a essência dos princípios, que são por ele conceituados da seguinte forma:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados [...] En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas. [...] Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.⁹¹

Este é o principal critério para identificação e compreensão do que sejam os princípios e as regras. O uso da expressão “mandados de otimização” bem expressa o conteúdo dos princípios. Otimizar, conforme o dicionário Houaiss, significa “tirar o melhor partido possível” e é justamente essa noção que se pode extrair desse tipo de norma. Os princípios “ordenam que algo se realize na maior medida possível”, ou seja, indicam que um determinado interesse ou valor seja protegido da melhor forma que se permita pelas condições peculiares (fatos e outras normas) de cada caso.

O princípio da liberdade, por exemplo, se aplicado a um caso no qual um sujeito poderá ser preso por um homicídio, terá seu máximo, sua melhor forma, na possibilidade de que responda o processo em liberdade. Garantir como absoluto seu direito de liberdade não será possível, pois encontrará limites nas outras normas jurídicas que se aplicam ao caso, bem como pelos fatos ocorridos. Em outro caso, no qual um sujeito é preso por ter sido confundido com outro, o princípio da liberdade atingirá seu máximo num grau muito superior ao máximo do caso anterior.

No entanto, erige-se uma crítica a esta concepção de Alexy: a otimização assemelha-se ao que Dworkin chamou de *dimensão de peso*. Para este, quando os

⁹¹ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. p. 143. Disponível em: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf] Acesso em: 29/11/2006. Tradução livre: O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fácticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus. [...] Ao contrário, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser apenas cumpridos ou não. [...] Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fácticas, trata-se de um princípio. Se apenas se exige uma determinada medida de cumprimento, trata-se de uma regra.

princípios incidem num caso, deverão ser usados “na maior medida possível”. Assim, um princípio poderá ser usado em maior grau que outro num determinado caso, pois seu “coeficiente” de otimização é mais elástico naquele caso, do que o “coeficiente” de outros. Talvez Alexy tenha sido mais específico ao expor que as limitações ao “coeficiente” de otimização sejam as outras normas e as condições fáticas peculiares de cada caso. Levar a um máximo o princípio é o basicamente o mesmo que atribuir-lhe uma maior dimensão de peso. Ambos parecem levar ao mesmo resultado: um ou alguns princípios prevalecerão, num dado caso, sobre outros; de modo que, havendo outro caso, pode essa prevalência inverter-se.

Este critério, que parece extremamente lógico, foi bem resumido por Humberto Ávila:

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de um conflito normativo, pois, para eles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.⁹²

Posteriormente, o mesmo autor tece duras críticas ao método de Alexy e Dworkin: “Não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento, quanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de regras”⁹³

Ávila dirige sua crítica ao fato de que num conflito de regras eventualmente pode haver um sopesamento de razões e contra-razões e que o critério, portanto, não é exclusivo dos princípios e não merece prosperar. Na verdade, a validade substancial de uma regra depende, sim, de certas circunstâncias e as razões e contra-razões sopesadas são os valores que envolvem um determinado caso que, por sua vez, se

⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 51.

⁹³ Ibid. p. 53.

expressam nos princípios. Para completar o contexto da crítica, Ávila, um pouco antes, já levantava que as regras não são aplicadas do modo “tudo ou nada”, usando a mesma argumentação, ou seja, de que regras conflitantes entre si serão sopesadas e será aplicada aquela que tiver maior peso. Vejamos, então, em que pese a extensão da citação, os exemplos trazidos pelo autor para tentar esclarecer este ponto que muito nos interessa para a pesquisa:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, então deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isto significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.⁹⁴

Posteriormente, ao tratar da crítica ao modo de solução de conflitos de regras e afirmar que a esse tipo de conflito também se aplica o “sopesamento”, o autor cita outro exemplo:

Uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º. Da Lei 9.494/97). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para as pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º. Da Lei estadual 9.908/93). Essa regra obriga a que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Embora essas regras instituíam comportamentos contraditórios, uma determinando o que outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada – cuja análise é ora

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p.45.

impertinente -, trata-se de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo.⁹⁵

Iniciemos a crítica da crítica. Não há como negar que o debate é importantíssimo quando o que se pretende praticar é ciência. Inteligente e bem fundamentada, a crítica de Humberto Ávila, no nosso entender, pecou num único ponto, qual seja, o de não aprofundar-se no que seriam essas razões e contra-razões.

No primeiro exemplo trazido pelo autor, o crime previsto pelo art. 224 do CP, contra menor de 14 anos, nas circunstâncias em que se deu, não se adéqua ao caso. Ao longo deste trabalho, temos defendido intensamente a idéia de que na base de toda regra existe um princípio e que na base deste existem valores. O ocorreu no caso não foi a não aplicação do dispositivo, mas a inexistência de fundamento para aplicação deste dispositivo. Só haveria fundamento para a aplicação dessa regra se o fundamento da própria regra tivesse sido ferido de morte. Como já vimos, uma regra não existe simplesmente por ato do legislador, existe por algum motivo e este motivo sendo ausente, a regra não se aplica ao caso. É verdade que esta regra parece dar resposta ao caso e, conforme a teoria de Dworkin, ela deveria ser aplicada, ou seja, havendo uma regra válida que dê resposta ao caso, ela deve ser aplicada. Aparentemente trata-se de um erro conceitual na teoria, pois esta é uma regra válida e não foi aplicada ao caso. Porém, cabe questionar se, apesar de válida, essa regra realmente deu resposta ao caso. Entendemos que não. Os valores que esta regra visa preservar não foram atacados pelas circunstâncias do fato; e se os valores viabilizam sua normatividade através dos princípios, logo estes também não foram atacados. O bem jurídico protegido é o da liberdade de dispor do próprio corpo e da sexualidade.⁹⁶ Assim, pode-se imaginar que a presunção de violência é a presunção de que o autor do crime agiu contra a vontade da vítima. No entanto, em que pese sua incapacidade, de fato houve o consentimento. A isto se soma o fato do erro de tipo, que levou o agente a crer que se tratava de pessoa capaz. Nesse sentido, é claro o Julgamento no STF do HC n.º 73.662 - Ministro Marco Aurélio:

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. pp. 53-54.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Os crimes sexuais e o papel da mulher no contexto da crise do Direito: uma abordagem hermenêutica**. Cadernos Themis Gênero e Direito. ano II, n. 3. Porto Alegre, 2002. p. 158.

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

O que ocorreu no caso é que pelas circunstâncias restou comprovado que o princípio da liberdade não foi atacado. Assim, esse valor primordial consagrado em princípio homônimo não foi atacado. É uma cadeia lógica: se o valor não foi atacado, o princípio que está na base da regra também não o foi, assim não há que se falar na aplicação desta regra, pois sua *ratio* permanece intacta. Também intacta permanece, neste ponto, a teoria de Dworkin, já que esta regra não deu resposta ao caso, aplicando-se, assim a hipótese do “nada”.

No segundo exemplo, o autor afirma que no choque de regras trazido a solução será dada mediante a atribuição de peso pelo juiz às regras, descobrindo qual deverá prevalecer, que será a de maior peso. Com isso, acredita o autor ter constatado a incoerência das observações de Dworkin e Alexy de que este método de solução de conflitos se aplica exclusivamente aos princípios. Na realidade, este choque entre regras, como se vê, visa garantir e, portanto, existe por razões distintas. Uma regra tem na sua base um princípio que visa proteger o valor da proteção especial que se dá aos gastos públicos e na outra um princípio que visa proteger o valor da vida. O que ocorre neste caso não é um mero conflito de regras, mas um conflito de princípios. Pelo método da *dimensão de peso*, não é difícil concluir que o princípio da proteção da vida, ou ainda da dignidade humana, se sobrepõe ao outro. O que se pesa nas circunstâncias do fato são os princípios, os valores que se protegem e não necessariamente os mandamentos contidos nas regras. Entendemos que nesta situação específica, neste conflito específico, sempre prevalecerá a proteção à vida, e por isto esta regra é excluída da possibilidade de aplicação, pois contraria um princípio superior ao que lhe dá fundamento.

O processo de ponderação de razões, ou de atribuição de peso às razões, é um processo que se localiza em nível superior ao das regras. É um processo valorativo que se aplica em nível de razão. E as razões são, pois, o que fundamenta as regras, e este fundamento não lhes é próprio, mas informado pelos princípios. Assim, não há que se falar em ponderação de regras, mas em escolha de regras a partir da ponderação de princípios.

A partir desse raciocínio, estabelecemos a prevalência dos princípios e passamos neste momento a dirigir uma crítica a um único ponto de Dworkin. É fantástico o raciocínio desse pensador sobre o modo de aplicação das normas. Cuida inclusive das exceções das regras. Nesse ponto, muito nos interessa o debate, por envolver questão central da problemática dessa pesquisa, que é a exceção da regra da impenhorabilidade. No entanto, não é pertinente nesse capítulo fazer as considerações concretas acerca do tema, mas preparar arcabouço teórico à sua discussão.

Dworkin cita analogamente o exemplo de um jogo para tentar facilitar a compreensão:

No jogo de beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto.⁹⁷

A exceção de uma regra, como o próprio nome nos induz, trata de situação extraordinária que se presume de relevância maior à própria regra. Concordamos com Dworkin que não se trata de duas regras, como queria Raz, mas da negação da própria regra, pois enunciam situações de não aplicação dessa regra. A exceção de nada vale sem a regra, ou seja, não é independente no seu mandamento. Como no caso acima, se não houvesse a regra que elimina o bateador que erra em três bolas, não haveria nenhuma coerência em estabelecer como autônoma a exceção “se o pegador deixar cair a bola no terceiro lance”; note-se que de forma independente à exceção lhe falta um complemento,

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 40.

um referencial, que é justamente a regra. O mesmo ocorre com a questão da legítima defesa que foi discutida por Raz. Não há crime, se o sujeito agir em legítima defesa. Mais uma vez, até pela linguagem, que enuncia uma subordinação condicional (se... consequência), nota-se a dependência da exceção à regra. Se não houvesse a regra do crime, não haveria de existir a exceção da legítima defesa.

Concordamos com Dworkin quando ele menciona que uma regra será tão mais completa quanto mais completa for sua lista de exceções. A exceção é sempre uma escusa, uma licença de não cumprimento da regra, por incidirem circunstâncias especiais que alteram a interpretação geral a ser dada ao caso. No entanto, cabe um questionamento: se as exceções prevêm situações que se dão em circunstâncias especiais, como saber se determinada situação realmente se dá em circunstâncias especiais, ou melhor, tão especiais que autorizem a não observância da regra? Haveria um critério capaz de estabelecer quais os requisitos para considerar determinadas circunstâncias como especiais ou escusativas?

Particularmente entendemos que uma circunstância só será escusativa se evidenciar uma justificativa superior à justificativa da aplicação da regra. Isto é, só será escusativa a circunstância que evidenciar valores de maior peso em relação aos valores relativos às regras. Não se pode aceitar que qualquer circunstância sirva à criação de uma exceção. Este é um teste necessário, que, porém, não foi proposto nem por Dworkin, nem por Alexy. Ressalte-se que não estamos concordando com Humberto Ávila, que acredita haver ponderação de razões e contra-razões na aplicação das regras, não sendo este um traço característico dos princípios. Explicamos: tratar das justificativas da aplicação de uma regra é levar o problema a um plano normativo superior, que é o dos princípios. Tanto as regras, como as exceções às regras descrevem mandamentos sobre como agir ou deixar de agir em razão (justificação) de um ou mais valores que, por sua vez, estão contemplados nos princípios.

Formulemos um raciocínio exemplificativo para melhor compreender a questão. Suponha-se que existe uma lei que diz que toda pessoa deverá apresentar-se a cada ano para cadastramento de endereço na prefeitura da sua cidade, e que existam

duas exceções para essa regra, sendo que a primeira dispensa do recadastramento aqueles que tenham renda superior a R\$ 5.000,00 mensais e a segunda dispensa do recadastramento aqueles que comprovarem que, à época do recadastramento, estavam impossibilitados por motivo de saúde. No mínimo, haveria uma impressão geral de que a segunda é coerente e a primeira não. Isto ocorre porque na segunda exceção há uma circunstância que evidencia valor superior ao valor da própria regra. Há, pois, um conflito entre o princípio da eficiência e princípio da proteção da saúde humana. Entre essas justificativas (princípios), qual tem maior peso? A saúde merece maior proteção que a eficiência. Assim, a circunstância “precisar de cuidados de saúde” evidencia justificativa superior à justificativa da regra, sendo, portanto, uma circunstância escusativa. No entanto, com a outra exceção não ocorre o mesmo. A circunstância “ter renda superior a R\$ 5.000,00” não evidencia justificativa superior ao cumprimento da regra, a não ser que concebêssemos a existência de um princípio da superioridade econômica e que este tivesse mais peso que o da eficiência. Assim, esta circunstância não se revela escusativa, sendo, portanto, uma exceção que carece de validade.

Esta foi uma forma técnica, ainda que experimental, de tentar explicar as exceções a partir de uma teoria normativa que inclui os princípios. Talvez, em termos mais simples, pudéssemos resumir a questão da seguinte forma: o que é mais importante: a saúde ou o recadastramento? Ficaríamos com a saúde, obviamente. Assim o teste simples da validade da exceção seria o da importância. Toda vez que a exceção se revele mais importante que o cumprimento da regra será uma exceção válida. Pode-se, assim, considerar a dinâmica entre a exceção e a regra, mas essa forma simplista omitiria uma série de detalhes conceitualmente importantes e mais coerentes com a teoria normativa que se apresenta nesse trabalho.

Após extensa análise crítica de Dworkin e Alexy, retomemos a compilação de critérios diferenciadores das regras e princípios. Passaremos a nos valer das observações de José Joaquim Gomes Canotilho, grande mestre do Direito Constitucional, que fez jus à tradição das grandes navegações de sua terra natal, fazendo sua obra chegar *além-mar*. É inegável o contributo de Canotilho ao direito constitucional, assim faz-se mister evidenciar suas preciosas observações acerca dos princípios.

O professor lusitano desenvolveu o critério chamado normogenético, segundo o qual “os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”⁹⁸

Este critério revela uma característica fundamental da relação entre regra e princípio. Muito já falávamos intuitivamente neste sentido: é dos princípios que as regras derivam; estas apresentam *referibilidade* àqueles. Isto é importante na medida em que se deve sempre conceber que, na base de uma regra, deverá haver um princípio que lhe sustente, que lhe dê fundamento. Como já dito, a regra que privilegia a descrição de uma conduta específica carece, na maior parte das vezes, de um referencial exposto aos valores que visa proteger, e este é o fundamento que lhe dá o princípio. Berberi ao citar Paulo Ricardo Shier salienta, nesse sentido:

Fala-se, ainda, de um critério normogenético (isto é, em respeito às relações de fundamentação e derivação entre princípios e regras). De acordo com este critério, todas as regras decorrem, ou devem decorrer de um princípio. As regras, nesta linha, seriam concretizações, densificações, formas de realização dos princípios. Justificar-se-iam, assim, apenas na medida em que estivessem a realizá-los. Nenhuma regra poderia existir sem que estivesse a cumprir esta missão, pois, do contrário, ela não seria funcional. Em outras palavras, falar-se de regras que não estão a realizar os princípios de maneira mais concreta seria um contra-senso, pois que esta é a sua função e justificativa de existência.⁹⁹

Por esse critério, pode-se conceber a idéia de validade da regra num sentido mais amplo. As regras não valem simplesmente pela condição de estarem postas por autoridade competente. Devem antes apresentar coerência com os princípios, pois negando-os, tornam o sistema um todo contraditório. Poder-se-ia propor um raciocínio extremista e afirmar que uma regra que não deriva de autoridade competente, mas que está de acordo com os princípios que dão base a um sistema jurídico, podem resultar mais justas (no sentido de realização de valores individuais e sociais) que regras que emanam de autoridade competente, mas contradizendo os princípios. Reconhece-se esta como uma proposta arriscada e defende-se que numa democracia é necessário que as instituições coexistam harmonicamente dotadas de poder. Mas numa democracia devemos também

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 166.

⁹⁹ BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. p. 100.

pressupor que os princípios estão na base do pacto social e, nesse contexto, o papel precípuo do Direito é concretizá-los.

Há ainda mais um comentário a ser feito sobre os princípios, que não retratam necessariamente um critério de distinção entre princípios e regras, mas especificamente sobre o traço funcional dos princípios. A prestigiada e atualmente festejada dupla espanhola Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero tece lúcida observação sobre a função dos princípios:

Los principios nos permiten también entender el Derecho – o los Derechos – no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido. Por ello, conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijadas en disposiciones específicas. Esta doble capacidad de los principios para presentar de una manera breve y ordenada un sector de (o todo) un ordenamiento jurídico no es ni más ni menos que lo que suele llamarse sistematización del Derecho. Y como ésta es la función principal que, se supone, há de realizar la ciencia jurídica, queda claro que los principios juegan aquí un papel fundamental.¹⁰⁰

Esta última contribuição dos espanhóis nos brinda com a importância dos princípios não apenas como instrumento à disposição do magistrado, ou como inspiração obrigatória ao legislador. O sentido é mais profundo. Quando se menciona que conhecendo os princípios de um dado Direito é possível prever que soluções serão dadas aos casos, significa dizer que o sistema jurídico deverá apresentar coerência tendo como base este tipo de norma. O que se espera de um Direito como o brasileiro, que se funda explicitamente nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, é um Direito vinculado a efetivar a pessoa humana, um Direito preocupado com o mínimo que deve

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. In: Doxa Publicaciones Periódicas. no. 10. p. 101-120, 1991. Disponível em: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf] Acesso em: 01/12/2006. Tradução livre: Os princípios permitem-nos também entender o Direito – ou os Direitos – não como um simples conjunto de disposições, senão como um conjunto ordenado, isto é, como um conjunto dotado de sentido. Por isso, conhecer os princípios de uma instituição ou de um determinado Direito permite inclusive, até certo ponto, pré-dizer quais são as soluções aos problemas jurídicos fixadas em disposições específicas. Esta dupla capacidade dos princípios para apresentar de uma maneira breve e ordenada um setor de (ou todo) um ordenamento jurídico não é nem mais nem menos que o que se costuma chamar sistematização do Direito. E como esta é a função principal que, supõe-se, há de realizar a ciência jurídica, fica claro que os princípios desempenham nisto um papel fundamental.

prestar aos seus cidadãos, um Direito comprometido com a democracia e, portanto, com a participação, com a inclusão, com a igualdade e a liberdade.

Porém, o que se espera do Direito brasileiro ainda repousa em paciência e esperança. Um Direito que convive com o debate da flexibilização das leis do trabalho; com taxação de inativos da previdência; enquanto o mercado manda nas leis e não o contrário; enquanto os bancos festejam a cada trimestre mais um recorde de lucro, sem contudo poder disponibilizar mais funcionários para um atendimento digno às pessoas; enquanto pessoas passam fome, perdem seus lares; este é realmente um Direito que precisa rever seus princípios.

CAPÍTULO 2

O CONFLITO NORMATIVO

A exposição sobre a principiologia jurídica nos forneceu o viés pelo qual pretendemos conhecer o problema que se apresenta, ou seja, de que há um conflito que envolve regras e princípios, sendo, portanto, essencial saber que tratamento deve ser dispensado a cada uma dessas normas.

O conflito apresenta de um lado a instituição do bem de família e sua impenhorabilidade e de outro a sua exclusão na situação de fiança decorrente de contrato de locação.

As disposições normativas que descrevem diretamente as situações acima formam parte do contexto normativo do conflito que se dá, portanto, entre o art. 1º. e o inciso VII do art. 3º. ambos da lei 8009/90. Ocorre que originalmente esta exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família do fiador não estava originalmente concebida pela Lei 8.009/90, vindo a ser acrescentada pela Lei 8.245/91. Dessa forma, parece mais coerente que a instituição do bem de família seja analisada no contexto da Lei 8.009/90 e a exceção a essa regra seja analisada no contexto da Lei 8.245/91. Isso para que se compreendam os motivos, as razões e as justificativas para a estipulação de tais regras.

A outra parte do contexto normativo se forma pelo contexto constitucional que através da EC 26/2000 elenca entre os direitos sociais fundamentais, o direito à moradia. Há ainda as questões subjacentes, mas não menos importantes que se constituem no fato de que a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família afronta o princípio da isonomia e o princípio da dignidade humana.

O princípio da isonomia recebe o ataque pelo fato de que o fiador, na condição de devedor, deveria receber o mesmo tratamento legal do locatário, qual seja, de não ter seu bem residencial passível de penhora. Acrescente-se que a penhora do imóvel residencial do fiador é um atentado à pessoa humana na medida em que a moradia é um

pressuposto de dignidade, razão pela qual defender-se-á que exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família do fiador afronta também o inciso III do art. 1º. da CF/88.

Pela doutrina tradicional, o que existe é um conflito entre normas, ou melhor, entre disposições normativas. Nas regras gerais de hermenêutica encontramos que a identificação do conflito mencionado apresenta-se como uma grave antinomia, pois não se apresenta uma única solução possível. No caso apresentado há um conflito de hierarquia, sendo o art. 6º. da CF/88 superior ao inc. VII do art. 3º. da Lei 8.009/90; em contrapartida, pela sua especificidade, a norma infraconstitucional apresenta maior grau de especialidade.

Sobre a complexidade desse tipo de conflito bem anota Norberto Bobbio ao dizer que “estão em jogo dois valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da Justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, o respeito do critério da especialidade.”¹⁰¹

Este célebre autor italiano ressalta a noção de que ordem é intrinsecamente concebida a partir da noção de sistema, fazendo da Constituição a norma superior, pois é dela que decorre a coerência do ordenamento jurídico. Porém, no que tange ao valor da justiça atribuído ao critério da especialidade apresenta-se *vênia*. A análise de Bobbio, obviamente matizada pelo positivismo, encerra em si a presunção de que uma norma especial é mais justa que a genérica.

Há certa lógica em afirmar que, teoricamente, uma norma especial que tenha alcance mais direto sobre a situação fática revele-se indubitável quanto à sua aplicabilidade. Esta é uma discussão sobre a subsunção, sobre limites da interpretação, que na matriz positivista ganha destaque e lugar privilegiado. Nesse raciocínio, uma norma será tão mais perfeita quanto mais especificamente descreva a situação fática (*Tatbestand*).

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 109.

No entanto, a reflexão de Bobbio parte da premissa de que todas as normas são justas pelo simples fato de serem normas, ou seja, não leva em conta que uma disposição normativa pode ser injusta por não apresentar coerência com o sistema jurídico no qual se insere ou por normar contra valores essenciais concebidos por este mesmo sistema jurídico, assim a subsunção não pode fazer presumir a justiça de uma norma.

Além disso, Bobbio relaciona o critério da especialidade à *adaptação gradual do Direito às necessidades sociais*, ou seja, quanto mais específica for determinada disposição normativa, maior é seu potencial de revelar o querer social. Entendemos, em contrapartida, que a adaptação ou adequação social é um processo mais ligado à temporalidade. O critério cronológico de interpretação das antinomias (*lex posteriori derogat priori*) apresenta-se como processo de reconhecimento da transformação da consciência e da prática social desejada e representa de forma mais coerente a adaptação do Direito à sociedade. Dessa forma, sendo o art. 6º. da CF/88 alterado pela EC 26/2000, e sendo a Lei do Inquilinato de 1991 que alterou o art. 3º. da Lei 8.009/90 a norma constitucional foi criada sob a égide de uma consciência social mais avançada e que, portanto, revogaria o art. 3º. da Lei 8.009/90.

Isto apenas para demonstrar a incoerência do pensamento de Bobbio neste aspecto, pois acreditamos que tais critérios (de hierarquia, especialidade e o cronológico) não dão conta do problema por dois motivos fundamentais: apresentam várias soluções possíveis já que não existe um critério absoluto que estabeleça que em determinada situação deva sempre ser aplicado este ou aquele critério de solução de antinomia; além disso, estes critérios tratam qualquer antinomia sem questionar a razão das normas, ou seja, partem de aspectos formais, da norma já concebida e aceita na sua essência, não questionando assim a *ratio juris*. Por isso entendemos que a discussão que aqui se propõe é mais profunda, não sendo tais critérios suficientes.

Apresentamos apenas uma concepção de análise de conflito que não toma as normas individualmente ou a partir unicamente da relação entre as normas que conflitam diretamente entre si. Buscar-se-á a solução do conflito através de um contexto

normativo mais amplo concebendo as normas diretamente antinômicas não isoladamente, mas como parte de um sistema jurídico que expressa valores. Se intenção última deste trabalho é destacar quais valores envolvidos no caso da penhora do bem de família do fiador devem prevalecer, impossível será justificar qualquer resposta senão com o auxílio dos princípios jurídicos que, como visto, constituem estruturas normativas mais aptas a revelarem valores.

Veja-se então que haverá uma digressão lógica: leis → princípios → valores. Dessa forma, tentar-se-á demonstrar claramente que as leis referem-se a princípios que, por sua vez, referem-se a valores. Sem o respeito a essa lógica, uma disposição normativa pode ameaçar todo um sistema jurídico, e mais ainda, revelar um frágil sistema normativo, que representa o grande desafio da ciência jurídica: armar o direito com mecanismos eficazes na realização da justiça. Assim, passemos a analisar o contexto jurídico que envolve a penhora do bem de família do fiador da locação.

2.1. A LEI 8.009/90

Em 29 de março de 1990, após aprovação do Congresso Nacional, o Senado Federal promulga a Lei n. 8.009, que institui e regulamenta o bem de família legal. Até a edição desta lei, vigorou no nosso país o chamado bem de família convencional.

O bem de família convencional ou voluntário já estava previsto no Código Civil de 1916, que dispunha no seu art. 70 que “É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.”¹⁰² Este dispositivo ganhou regulamentação específica apenas em 1973, com a Lei de Registros Públicos (6.015) e com o Decreto-lei 3.200/91.

As duas modalidades de bem de família diferem fundamentalmente no fato de que na convencional a impenhorabilidade do bem destinado à moradia da família

¹⁰² ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 1916.

depende de manifestação prévia do proprietário; ao contrário, a impenhorabilidade do bem de família legal será invocada com base na lei, desde que restando comprovada a destinação do imóvel à moradia da família, não sendo necessária qualquer manifestação da vontade. Em que pese a substancial diferença nos dois institutos, destaca-se que desde o início do século XX o Direito Pátrio auferiu notória e especial proteção à moradia.

As origens do bem de família são bem mais remotas. Alvaro Villaça de Azevedo¹⁰³ pondera que não existiu no Direito Romano o bem de família, no seu sentido técnico, como ora se estuda, mas que é de se destacar que os rígidos princípios de perpetuação de bens dos antepassados, atribuíam notório caráter de inalienabilidade do patrimônio familiar. Havia, assim, uma consciência acerca da proteção de família que se coaduna com o objetivo do instituto do bem de família. Porém o mesmo autor é enfático ao determinar que “pode-se dizer, seguramente, que o bem de família nasceu, com tratamento jurídico específico, na República do Texas.”^{104, 105}

Conforme Eliane M. B. Aina, o instituto surgiu “como forma de proteção e estímulo para a mudança das famílias para o oeste longínquo e ainda fora do alcance da dominação do colonizador.”¹⁰⁶ O instituto surgiu da necessidade de proteger as famílias que empreendiam a colonização do Texas. Tratava-se de pequena propriedade rural que seria impenhorável. “Essa medida possibilitaria que o oeste fosse colonizado e, ao mesmo tempo, evitaria os problemas decorrentes da miséria dessas famílias, que teriam perdido todos os seus bens e a forma de garantir o próprio sustento.”¹⁰⁷

Assim, o bem de família como instituto jurídico estrito, bem caracterizado, surgiu no direito norte-americano na figura do *Homestead*, regulamentado pela lei de

¹⁰³ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: comentários à lei 8.009/90**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

¹⁰⁴ A República do Texas foi um país independente que existiu entre 1836 e 1845. Era anteriormente parte do México. Foi anexado pelos Estados Unidos da América em 1845, a pedido dos habitantes da república. Corresponde aos territórios que hoje compreende os atuais Estados do Texas, Colorado, Kansas, Novo México, Oklahoma e Wyoming. (WIKIPÉDIA. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Rep%C3%BAblica_do_texas> Acesso em: 9 de jan. 2007.

¹⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: comentários à lei 8.009/90**. p. 24.

¹⁰⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. p. 6.

¹⁰⁷ Ibid. p. 7.

26.01.1839 (*Homestead Exemption Act*).¹⁰⁸ Isso apenas para contextualizar historicamente que o instituto do bem de família tal qual hoje se apresenta no Direito Brasileiro é reflexo de mais um dos vários mecanismos de proteção à família, notadamente no tocante à moradia.

No entanto, houve um tempo, quando vigorava apenas o bem de família no Código Civil de 1916, em que se discutia de forma bastante intensa a natureza jurídica do instituto e sua localização no Estatuto Civil. Álvaro Villaça Azevedo conta que “o bem de família foi colocado em nosso Código Civil em sua Parte Geral, no Livro das Pessoas, sendo certo que, só após veemente censura de Justiniano de Serpa, foi a matéria transferida para o Livro dos Bens, dessa mesma Parte Geral.”¹⁰⁹

Conforme Villaça, a questão mereceu análise de Clóvis Beviláqua, cujo posicionamento foi acolhido pela grande maioria dos juristas da época, a exemplo de Eduardo Espínola, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, dentre outros. Disse o mestre cearense que:

A colocação do instituto na parte geral foi, com boas razões, censurada por Justiniano de Serpa. Atendendo à sua crítica, foram os artigos referentes ao bem de família deslocados, do Livro I (Das Pessoas) para o Livro II (Dos Bens). Era, realmente, absurdo tratar dessa espécie jurídica no livro consagrado às pessoas e fez bem a Comissão em corrigir o defeito apontado. Mas, para obedecer em tudo aos reclamos da classificação jurídica, segundo o plano adotado pelo código, por cuja pureza se batia o egrégio deputado pelo Pará, deverá ter a Comissão transposto os arts. 70 a 73 para a Parte Especial, pois se trata de uma relação jurídica de caráter particular e não de um elemento de direito, nem de um preceito de caráter geral. Na Parte Especial, o seu posto mais conveniente seria no Direito da Família aplicado. Todavia, não estaria mal no Direito das Coisas.¹¹⁰

Esta discussão é bastante pertinente pois a organização através da técnica da classificação agrupa elementos através de uma lógica que dá sentido ao sistema e às suas partes. Estranho seria alocar o elefante como espécie do gênero ave. Assim, a alocação de um determinado instituto em determinada parte de um Código deve respeitar sua natureza jurídica, pois reflete diretamente na interpretação e aplicação do Direito.

¹⁰⁸ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: comentários à lei 8.009/90**. p. 25.

¹⁰⁹ Ibid. p. 89.

¹¹⁰ Ibid. p. 91.

Se a posição do instituto do bem de família se localiza no Direito das Coisas, a interpretação que se dará aos fatos levará em conta, prioritariamente, as relações jurídicas patrimoniais. Se alocado no Direito de Família, a proteção não se dirige simplesmente ao patrimônio, mas à família. Isto leva a crer que o que se pretende proteger é a moradia e não necessariamente o patrimônio. Não é preciso dizer que uma família como núcleo essencial da sociedade, onde tantos valores da própria realização da vida se encontram, depende de uma moradia para sua unidade.

Nesse sentido, comentando a inserção do instituto no Direito de Família no novo Código Civil, Villaça comenta que:

Na realidade, não há outro lugar, no sistema legislativo, do que o Direito de Família para agasalhar esse instituto, que deve fazer parte do conjunto de normas reguladoras das atividades familiares, com cuidados especiais, para que o Estado intervenha, sempre e de forma categórica, por sua vontade soberana, no tratamento dessa que é a figura jurídica preservadora da própria existência dos indivíduos, em seu grupo mais íntimo, que mais merece a cura do Direito.

Disso se extrai que o instituto do bem de família, mesmo em legislação esparsa, tem natureza jurídica de um direito que não é meramente patrimonial. O patrimônio não é um fim, mas um meio de garantir valores atinentes à família. Assim, a *ratio* do bem de família é instituir a inviolabilidade de um patrimônio mínimo essencial a manter a unidade e a dignidade da família e seus membros.

Quando da edição da lei sob exame, algumas críticas pretendiam defender sua inconstitucionalidade em face do art. 5º, incs. LXVII e LIV, que abrigam o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas. Carlos Callage afirma que a Lei 8.009/90 “atinge o próprio regime econômico básico adotado pela Carta, que pressupõe relações obrigacionais das mais diferentes espécies, suprimindo as garantias e a eficácia coativa do direito de crédito.”¹¹¹

Note-se que o que se questiona com a edição da Lei 8.009/90 é a diminuição da garantia do direito de crédito. É verdade que constantemente diferentes valores garantidos por diferentes normas entram em conflito. A prevalência deve ser dada

¹¹¹ CALLAGE, Carlos. **Inconstitucionalidade da lei 8.009 de 29.03.1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial)**, RT 662/58-63, p. 63.

a partir da análise do sistema de valores. Quanto mais coerente o sistema normativo, mais claro será identificar que valores são prioritários nesse sistema. Nesse contexto, o que se pretende demonstrar é que se a impenhorabilidade do bem de família limita o direito de crédito, o faz para preservar valores de ordem superior, atinentes à dignidade da família e de seus membros.

Talvez a questão da natureza jurídica do instituto do bem de família não tenha repercutido de forma intensa na jurisprudência. Mas entendemos ser essencial ressaltar que este instituto pertence essencialmente ao direito de família. Isso permite que se compreenda corretamente a *ratio legis*, revelando mais precisamente com que princípios se identifica e que valores lhe justificam.

A Lei 8009, ao instituir o bem de família legal ou involuntário, traz um claro e importante avanço em matéria de eficácia na proteção social. A modalidade convencional enfrenta uma série de obstes que diminuem consideravelmente a eficácia potencial do instituto, entre as quais podemos citar o elevado custo da manifestação de vontade através de escritura pública, a complexidade procedimental tipicamente burocrática, isto sem considerar que muitos e muitos cidadãos sequer têm conhecimento da existência e possibilidade de instituir voluntariamente o bem de família.

De tudo que se expôs sucintamente sobre a Lei 8.009/90 e o bem de família, uma importante inferência deve ser ressaltada: ao trazer especial proteção da família, o bem de família limita o direito de crédito. Isto remete a uma discussão paralela, importante para compreender o sistema jurídico-político que nos rege. De um lado, a nossa Constituição aponta a existência formal de um Estado de Bem Estar Social; de outro, a prática política dos últimos tempos nos dá sinais de um Estado Capitalista.

Sabe-se que o legislativo, como esfera de poder que é, suscita negociações e negociatas que mantêm a governabilidade, ou seja, que sustentam o modelo, o projeto político que se pretende implementar ou manter. A lei 8.009 representa claramente um avanço social, que não muito interessa às diretrizes capitalistas, da livre iniciativa, do lucro, justamente por limitar o direito de crédito. Como veremos, a primeira iniciativa de

amenizar tais efeitos e aproximar a legislação do bem de família a uma realidade capitalista veio com a edição de uma nova lei, a 8.245 de 1991.

2.2. A LEI 8.245/91

Conhecida como Lei do Inquilinato, esta lei sucedeu a Lei 6.649/79 que regulava as relações locatícias. Como bem explicita Aina “dentre as garantias locatícias previstas estava a fiança que vigorou até 1990, com a edição da Lei 8.009/90”¹¹². O cenário das locações sofreu profunda alteração com impenhorabilidade do bem de família, pois a “única moradia da família não mais poderia ser excutida para solver débitos, próprios ou de terceiros. Em decorrência, os locadores passaram a exigir fiadores que fossem proprietários de dois imóveis”¹¹³.

Obviamente que isto refletiu de forma negativa no mercado imobiliário das locações, pois com essa nova exigência, os potenciais locatários, principalmente os mais humildes, enfrentavam dificuldades em encontrar um fiador que tivesse mais de um imóvel.

A solução encontrada foi aproveitar a edição da nova Lei do Inquilinato e nela fazer constar a alteração da Lei da Impenhorabilidade. Fez-se incluir em seu art. 3º, o inciso VII, que determina que o fiador da locação não goza do privilégio da impenhorabilidade do bem de família, exatamente como consta do art. 82 da Lei 8.245/90: *O art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.* Ou seja, fixou entre as exceções da impenhorabilidade do bem de família o fiador, excluindo-o da proteção legal.

É compreensível que o legislador de forma emergencial tenha tentado resolver o problema do acesso à moradia dos locatários. No entanto, o que se questiona é

¹¹² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** p. 14.

¹¹³ Ibid. p. 14.

justamente que a forma encontrada para resolver um problema cria outro da mesma natureza. Ora, é justo que o fiador venha a perder seu único imóvel, que constitui lar, para garantir a moradia alheia?

Veja-se que a dificuldade que enfrentaram os locatários de encontrar fiadores com mais de um imóvel surgiu por exigência dos locadores (e imobiliárias) em insistir com este tipo de garantia. Será a fiança a única forma de garantia existente? Se a preocupação se dirigia aos locatários, outras formas de garantia deveriam ser estimuladas e implementadas através de leis e políticas públicas, mas o que se fez foi simplesmente ceder ao interesse dos locadores, seguindo, assim, a lógica de mercado e da iniciativa privada. Nesse sentido, são muito apropriados os comentários de Alberton: “É inegável que a inserção da obrigação decorrente de fiança como exceção às hipóteses de proteção ao bem de família foi direcionada à solução da questão relativa ao mercado de locações”.¹¹⁴

É no mínimo contraditório acreditar que o estímulo da moradia arrendada tem como única solução o estímulo da ameaça à moradia própria. A situação se agrava ao conceber-se que o fiador e sua família perderão sua moradia em razão de uma dívida que nem é sua. Nesse sentido, Aina, de forma bastante incisiva, questiona se “era essa a única opção? Pensou-se em desfavorecer o direito de crédito dos locadores, extinguindo-se a fiança como garantia locatícia?”¹¹⁵ Se a fiança locatícia fosse extinta por lei, o mercado imobiliário haveria que praticar outras formas de garantia. O interesse de se garantir um crédito ao ponto de estimular a miséria e a exclusão social não se justifica. Por outro lado, é certo que, ainda que de forma emergencial, a fiança, sendo a exigência do mercado, garante acesso à moradia arrendada.

Este é um ponto extremamente importante para este trabalho. Desde o início, afirma-se que há um conflito de direitos, quais sejam, o da moradia do fiador e o

¹¹⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 116.

¹¹⁵ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. p. 15.

direito de crédito do locador. A legislação privilegia claramente o segundo, e a razão disso só pode ser encontrada no respeito à lógica de mercado, à temida retração do mercado imobiliário.

É necessário reiterar que se a preocupação dirige-se à dificuldade dos locatários, as medidas devem direcionar-se à implementação de outras modalidades de garantia. Se a única forma de garantia possível fosse a fiança pessoal, haveria claras razões para se discutir e tentar aceitar a bizarra noção de restringir a moradia de um para garantir a moradia alheia.

Poder-se-ia questionar se é certo que tudo indica que a proposta do art. 82 da Lei 8.245/91 adequa-se à proteção da iniciativa privada ou à lógica de mercado, ou ainda, ao pensamento neoliberal. Mas o que há de errado nisso? Não se pretende, aqui, estabelecer qualquer tipo de preconceito a nenhuma proposta ou concepção de Estado; o que se pretende é demonstrar que esta concepção de Estado contraria veementemente a concepção de Estado claramente contida na CF/88, que é o *pacto social* originário.

2.3. ESTADO E CONSTITUIÇÃO

A Constituição de um país, nas técnicas palavras de Alexandre de Moraes “deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.”¹¹⁶ De forma mais enfática, Paulino Jacques diz que “a Constituição é a suprema declaração de vontade popular”¹¹⁷

A Constituição, como visto, é a lei que funda o Estado. É o pacto através do qual a vontade popular cria o Estado. A cada nova Constituição, o Estado é reinventado e carrega consigo uma nova concepção de vida de seu povo. É a lei das leis,

¹¹⁶ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. p. 2

¹¹⁷ JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 21

pois como bem afirmou o ilustre Ministro Ayres Britto¹¹⁸, “a Constituição não é Constituição por se fundar no ordenamento jurídico, o ordenamento é que é jurídico por se fundar na Constituição” - e continua o mestre da Suprema Corte – “a cada nova Constituição, um novo Direito, um novo Estado, um novo governo, uma nova sociedade juridicamente organizada.”

Assim, é necessário que o texto Constitucional seja concretizado principalmente no que tange à concepção de Estado ali expressa. Em que pese o pluralismo político, que é também um preceito constitucional, este não pode ser interpretado de forma desvinculada dos alicerces estruturais, da base fundante que a Constituição dá ao Estado.

Esta discussão sobre o Estado, apesar de paralela, é fundamental para compreensão do conflito normativo aqui estudado. Pretendemos demonstrar que o Estado apresenta traços estruturais que não condizem com a Constituição. Se o que foi afirmado no *pacto* deve ser repensado, que se pense uma nova Constituição. A lei 8.245/91, no tocante à exceção da regra da impenhorabilidade, é um exemplo de que os rumos que a Constituição quis dar ao Estado não estão sendo concretizados, mas contrariados. Para que estas afirmações transpassem a barreira da especulação, é necessário que se faça uma breve digressão, capaz de identificar os fundamentos políticos da CF/88. Logo, notar-se-á que a proposta da possibilidade de penhora do bem de família do fiador não só contraria o sistema jurídico, mas o próprio Estado Constitucional.

Sabe-se que a Constituição de 1988 recebeu de Ulysses Guimarães o apelido de “Constituição cidadã”. Este documento que fundou um novo Estado brasileiro foi paradigmático, já que representou a transição da ditadura militar para a redemocratização.

Este processo de redemocratização que culminaria, ao menos em tese, com a Constituição Federal de 1988, foi marcado por uma forte e truncada disputa política. Dos fatos que não se pode deixar de ser mencionar, inclui-se o movimento “Diretas Já”.

¹¹⁸ BRITTO. Carlos Ayres. **Tipologia das normas constitucionais**. Aula ministrada para o curso de pós-graduação do Instituto Luiz Flávio Gomes.

O movimento formou-se em torno da expectativa de aprovação da emenda constitucional nº 5, de autoria do Deputado peemedebista Dante de Oliveira, cuja proposta era a de estabelecer eleições diretas.

Formava-se uma nova elite política, que passou a fomentar a proposta de Dante de Oliveira tentando ganhar as ruas e a mídia, de modo a trazer a opinião pública em prol do movimento. A dimensão do movimento arregimentou nomes como Ulysses Guimarães, Tancredo Neves, André Franco Montoro, Fernando Henrique Cardoso, Mário Covas, José Serra, Luis Inácio Lula da Silva, Eduardo Suplicy, Leonel Brizola, Miguel Arraes, entre outros que organizaram comícios de gigantescas proporções, como o do Vale do Anhangabaú, que reuniu a marca histórica de 1,5 milhão de pessoas.

Em 25 de abril de 1984, a emenda das diretas foi votada, obtendo 298 votos a favor, 65 contra e 3 abstenções. Devido a uma manobra de políticos contra a redemocratização do país, não compareceram 112 deputados ao plenário no dia da votação. A emenda foi rejeitada por não alcançar o número mínimo de votos para a sua aprovação.

De qualquer forma, em que pese a derrota da emenda, fortaleceu-se a idéia de redemocratização no país. E ainda que através de eleições indiretas, aproximava-se a disputa pela pleito presidencial. No extinto PDS, José Sarney, presidente do partido, propunha convocação de eleições internas para escolher o sucessor do então Presidente Figueiredo, de quem obteve apoio. Despontavam os nomes de Aureliano Chaves, Marco Maciel, Andreazza e Paulo Maluf. Diante da recusa deste último em submeter-se à escolha interna do partido, o Presidente Figueiredo retirou apoio à proposta de Sarney, o que culminou com sua renúncia à presidência do partido e sua ruptura com a agremiação governista, abrindo chance de apoio à formação de uma oposição.

Formava-se a chamada “Frente Liberal” pelos que se sentiram traídos pelo apoio aparentemente irrestrito de Figueiredo a Maluf. Assim, seguindo os passos de Sarney, juntaram-se Marco Maciel e Aureliano Chaves. A Frente Liberal passava a atuar

de forma independente no Congresso e nas Assembléias Legislativas, rompendo definitivamente com o governo federal.

O PMDB, capiteneado por Ulisses Guimarães e Fernando Henrique Cardoso, resolve lançar a candidatura do governador de Minas, Tancredo Neves, ao pleito nacional. No PDS, a convenção do partido foi vencida por Maluf, como era esperado, mas fez com que a base de apoio de Andreazza passasse a sinalizar apoio à oposição. Assim, formava-se a “Aliança Democrática”, que registrou-se como chapa concorrente pelo PMDB, que recebeu provisoriamente a filiação de Sarney, que seria então vice do candidato à presidência Tancredo Neves.

Dentre os vários documentos que contribuíram para a conscientização da transformação democrática do país, um merece destaque: “Esperança e Mudança: uma Proposta de Governo para o Brasil”, elaborado pelo PMDB, em 1982 e que mereceu detalhada análise de Fagnani:

Trata-se da primeira versão consolidada das diversas agendas setoriais de reforma que estavam sendo desenhadas pelas forças oposicionistas em diversas frentes. Todavia, a importância do “Esperança e Mudança” transcende este ponto, posto que suas diretrizes políticas, econômicas e sociais serviram de fio condutor das forças progressistas no longo processo de luta que desaguou na Assembléia Nacional Constituinte; e, além disso, suas principais bandeiras foram inscritas na Constituição da República promulgada em 1988.¹¹⁹

As eleições indiretas no collegio eleitoral foram vencidas pela Aliança Democrática que derrotou Paulo Maluf com a cifra de 480 votos contra 180. Tancredo não chegou a assumir, pois faleceu sem ser empossado. Sarney assumiu a presidência em 1985, tendo como missão guiar a redemocratização do país, que culminou com as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, em 1986.

Conforme Fagnani, “o principal instrumento para restabelecer o Estado Democrático de Direito era a Assembléia Nacional Constituinte (ANC). Assim, o fim do

¹¹⁹ FAGNANI, Eduardo. **Política social no Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade**. Unicamp, 2005. p. 102

arbítrio passava, necessariamente, pela reforma ampla e democrática da Constituição da República.”¹²⁰

A Constituinte se formou, então, a partir da eleição para o Congresso Nacional, que passava a cumular a função de elaborar uma nova Constituição apta a redirecionar a nação à democracia.

A árdua tarefa porém se desenvolvia diante de um cenário político extremamente pluralístico de 559 congressistas, que incluía o PMDB com a maior bancada, de 302 membros, seguido do PFL (composto por dissidentes do *ancién regime*) com 133 membros; na sequência, PDS com 38, PDT com 26, PTB com 19, PT com 16, PL com 7, PDC com 6, PCdoB com 6, PCB com 3, PSB com 2 e PMB com 1. Ressalte-se que ainda que discreta em números, a participação dos partidos progressistas de esquerda representava grande avanço democrático, uma vez que se tratava de partidos excluídos do quadro político no regime militar.¹²¹

Uma feliz peculiaridade desta Constituinte consistiu no incentivo à participação popular. Cento e vinte e dois movimentos populares enviaram emendas à ANC, assinadas por mais de 12 milhões de eleitores, e 83 foram lá defendidas. Outro mecanismo de participação foi o que permitiu aos cidadãos mandar sugestões diretamente para os constituintes via rede dos correios, gerando uma participação extraordinária, com 72.719 sugestões aportando no Congresso Nacional.¹²²

Esta complexa rede que tentava conciliar o discursos de moderados, progressistas e conservadores, incluindo a pressão popular direta, se formou em torno do primeiro grande passo na redemocratização do país e resultou na Constituição Federal de 1988.

¹²⁰ FAGNANI, Eduardo. **Política social no Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade**. p. 104.

¹²¹ Cf. SOUZA, Celina. **Federalismo e descentralização na constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000300003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 27 Jan 2007. doi: 10.1590/S0011-52582001000300003.

¹²² Cf. Ibid.

Ao tratar da Constituição Federal de 1988, Fagnani diz que “com ela desenhou-se, pela primeira vez na história do Brasil, o embrião de um efetivo sistema de proteção social, universal e equânime.”¹²³ O autor ressalta ainda que “a bandeira da descentralização emerge como um dos principais itens da plataforma reformista. Ela passa a ser defendida como antítese da centralização autocrática e instrumento de controle social e participação política.”¹²⁴

A Constituição Federal nasceu num contexto de busca pela implementação de um Estado Democrático de Direito, livre do autoritarismo de um Estado de exceção. Era a troca do poder imposto, roubado do povo, pelo poder outorgado pelo povo. Como bem afirmou Cortes:

Podemos inferir que a influência dos argumentos de Rousseau se fez presente na sociedade brasileira quando se discutiu a necessidade da igualdade social como um condicionante para a democracia. Neste sentido, o processo de transição democrática expressou a busca pela igualdade nos direitos civis, políticos e sociais. A efervescência dos movimentos sociais, a articulação política da classe trabalhadora e a adesão de setores do empresariado nacional à luta pela democracia suscitaram o desejo de construir um novo patamar de relações sociais. Foi nesse clima de anseios pela igualdade que se colocaram os trabalhos de redação da nova ordem normativa para o Estado democrático no Brasil.¹²⁵

O desenho desta nova ordem normativa, de Estado de Bem-estar Social¹²⁶, enfrentava no Brasil, porém, a contramão da tendência internacional, como bem leciona Cortes ao explicar que “a Constituição Federal nasceu num contexto histórico muito peculiar, pois, enquanto na Europa e nos Estados Unidos a luta pelo desmantelamento do Estado de Bem-estar Social seguia sua marcha, no Brasil lutávamos por empreender uma

¹²³ FAGNANI, Eduardo. **Déficit nominal zero: a proteção social na marca do pênaliti**. Campinas: Cesis, 2005. p. 5.

¹²⁴ FAGNANI, Eduardo. **Política social no Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade**. p. 108.

¹²⁵ COSTA, Lucia Cortes. **Os impasses do estado capitalista: uma análise sobre a reforma do estado no Brasil**. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006. p. 141.

¹²⁶ Estado de Bem Estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos (CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 207.)

mudança no Estado com ênfase na proposta de municipalização, com a descentralização do poder e a criação de direitos sociais.”¹²⁷

No mesmo sentido, tal fato recebe a análise de Fagnani: “No campo social, o foco privilegiado dessa contra-reforma foi a desmontagem dos direitos assegurados pela Constituição de 1988. Os princípios que orientam a agenda neoliberal na questão social eram antagônicos aos da Carta de 1988: o Estado de Bem-Estar Social é substituído pelo “Estado Mínimo”¹²⁸.

Este esboço demonstra que o projeto de Estado previsto na CF/88 não se concretizou além do seu texto. As contra-marchas propostas pelo neoliberalismo¹²⁹ funcionaram como uma pressão externa que exigia do Brasil a adequação de seus padrões de Estado para poder “entrar no jogo”.

Não esqueçamos que “a Constituição Federal de 1988 criou um Estado de Direito no país, com responsabilidades sociais. Porém, esta ‘revolução’ da normatividade legal ocorreu em meio a uma crise fiscal e política do Estado.”¹³⁰

Desta forma, houve completa desnaturação da proposta constitucional. Diante da fraqueza de nossas instituições, sucumbiu-se à globalização, enfraquecendo o projeto de Estado de Bem-estar Social.

A contradição era a tônica do cenário, pois “a reforma democrática do Estado no Brasil, construída por meio da elaboração da Constituição Federal de 1988, foi questionada pela reforma liberal da década de 1990”¹³¹. Tal situação, aliada à crise fiscal interna, à elevação do gasto público com a ampliação dos direitos sociais, advogou pela

¹²⁷ COSTA, Lucia Cortes. **Os impasses do estado capitalista: uma análise sobre a reforma do estado no Brasil**. p. 149.

¹²⁸ FAGNANI, Eduardo. **Déficit nominal zero: a proteção social na marca do pênalti**. p. 5.

¹²⁹ O pensamento Neoliberal é econômico, mas também propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independentemente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de Bem Estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não intervenção (CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 250.)

¹³⁰ COSTA, Lucia Cortes. **Os impasses do estado capitalista: uma análise sobre a reforma do estado no Brasil**. p. 147.

¹³¹ Ibid. p. 166.

idéia de que era necessário “um Estado menor na área sociais e a ampliação do espaço do mercado e da iniciativa privada”.

O Esboço aqui feito sobre o cenário político da redemocratização foi trazido na intenção de esclarecer e enfatizar que o Estado brasileiro de hoje não é o Estado brasileiro que a Constituição estabelece. O cenário reformista, principalmente no que tange à conquista dos direitos sociais, ainda enfrenta essa contra-marcha imposta desde aqueles tempos pelo avanço neoliberal.

A concretização do texto constitucional depende de um Estado mais ativo, no sentido de efetividade na prestação. Não se trata apenas de políticas públicas, mas de um conjunto harmônico no processo de tomada de decisões, envolvendo inclusive o judiciário, que redirijam tais direitos a transpor a barreira do formalismo.

É nesse contexto que as Leis 8.009/90 e 8.245/91 foram editadas. A primeira, no consenso da onda reformista e a segunda, principalmente no tocante ao art. 82 (que possibilita a penhora do bem de família do fiador da locação), na contra-marcha, na contra-reforma neoliberal.

Segundo os parâmetros de dignidade da pessoa humana e da proteção à moradia, que é uma importante conquista social, a Lei 8.009 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, ou seja, o bem que servia à moradia da família não mais poderia ser executado para saldar dívidas. No mercado imobiliário das locações, a forma de garantia mais praticada era a fiança, que, por sua vez, tornou-se ineficaz de tal propósito que às imobiliárias somente interessavam fiadores com imóvel apto a garantir o eventual inadimplemento do locatário. Ocorre que, com a lei da impenhorabilidade, este imóvel do fiador não mais poderia ser executado. Percebida a “dificuldade” de se manterem os elevados padrões de garantia, o mercado imobiliário, em vez de ceder e adequar as práticas à realidade social, passou a pressionar o poder público, que, temeroso com a retração do setor, editou na lei 8.245/91 medida “corretiva” possibilitando a penhora do bem de família do fiador da locação.

O que se fez foi obedecer à lógica de mercado e contrariar todo o espírito da Constituição Federal de 1988. Por que é mais importante que os fiadores, enquanto pessoas, enquanto sujeitos de direito, percam sua moradia em vez de o mercado imobiliário passar a desenvolver novas formas de garantia?

A fiança, como garantia locatícia, não é a única solução que viabiliza a moradia arrendada. Além de ser utilizada para manter a lógica do mercado imobiliário das locações e contrariar o projeto constitucional, é uma modalidade de garantia utilizada de forma polêmica e temerosa, como veremos a seguir.

2.4. DA FIANÇA

A fiança tem origem no Direito Romano, em que se desenvolveu sob as formas de *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. Os dois primeiros eram institutos de direito civil e o último, de *jus gentium*. Por longo tempo o fiador foi considerado devedor solidário. Somente à época de Justiniano reconheceu-se a sua qualidade de responsável subsidiário, qualidade que permanece até os dias de hoje, salvo se se estipular solidariedade entre devedor e fiador (art. 828, II do Código Civil).

Vale ressaltar que a qualidade de responsável subsidiário é muito pouco usada nos contratos (que se caracterizam como contratos por adesão, tais como os de locação e bancários, já que as cláusulas são impostas ao fiador) que envolvem o instituto, nos quais consta que o fiador é sempre devedor solidário e não subsidiário. Assim, o fiador, supostamente de espontânea vontade, declarou-se solidário no contrato ao assiná-lo sem, contudo, vislumbrar as penosas consequências de seu ato.

Há uma importante discussão sobre os limites da autonomia privada nos contratos de adesão, discussão essa que não intencionamos empreender neste estudo. Para o momento, basta identificar que há na modalidade da locação a impossibilidade de discussão das cláusulas contratuais, já que são de adesão; além disso, muitas pessoas,

ainda que na delicada qualidade de fiador, não compreendem o conteúdo total do contrato, assinando-o sem maiores preocupações.

Da leitura de Caio Mario da Silva Pereira depreende-se que o instituto da fiança é uma garantia, na qual se compreende todo negócio jurídico com o objetivo de oferecer ao credor uma segurança de pagamento, além daquela genérica situada no patrimônio do devedor.¹³² Ou seja, “ao patrimônio do devedor podem ser acrescidas garantias acessórias para tornar mais efetivo o adimplemento.”¹³³

Sendo a fiança uma espécie de garantia, é de se esclarecer que esta, também chamada de caução, “tanto pode ser real, quando a garantia se dá através de um bem, ou pessoal ou fidejussória, mediante a segurança de pagamento oferecida por um terceiro estranho à relação obrigatória, o qual se compromete a solver *pro debitore*.”¹³⁴

É notório que a fiança é uma garantia pessoal, porque o devedor não vincula um bem ao pagamento da dívida, mas a obrigação principal é reforçada por outra, assumida por terceiro estranho à relação obrigacional, que se compromete a saldar a dívida. Daí, portanto, surge a distinção nítida entre esta e as garantias reais, que se efetivam mediante a separação de um bem determinado móvel ou imóvel, com encargo de responder a própria coisa ou seu rendimento pela solução da obrigação (penhor, hipoteca, anticrese).

Em relação à constituição da relação jurídica obrigacional, Orlando Gomes esclarece que a fiança é um Contrato que se trava entre o fiador e o credor do afiançado. Sua natureza é a de um contrato subsidiário por ter a execução condicionada à inexecução do contrato essencial.¹³⁵ Veja-se que o art. 820 do Código Civil estabelece que se pode estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua

¹³² Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. vol. III.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 455, 456

¹³³ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia.** p. 3.

¹³⁴ Ibid. p. 3

¹³⁵ Cf. GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 505

vontade. Isto reforça a afirmação de que o contrato de fiança se dá entre o fiador e o credor da obrigação principal.

Ainda no Código Civil, em seu artigo 818, contempla-se a assunção da dívida pelo fiador, caso o devedor principal não a cumpra: “*Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, **caso este não a cumpra.***” (grifos nossos). Acrescente-se que, no tocante aos efeitos da fiança, elencados a partir do artigo 827 do mesmo diploma legal, contempla-se o direito do fiador de exigir que sejam primeiro executados os bens do devedor. Este direito é o conhecido Benefício de Ordem.

Portanto, pelas origens do instituto e pela forma como está disposto no diploma legal, a obrigação fidejussória só se tornaria exigível do fiador se a obrigação principal não fosse cumprida pelo devedor. Mas o próprio Código abre exceções que permitem aos interessados renunciar expressamente a essa ordem de exigência da obrigação, qual seja, primeiro devedor principal e, em caso de inadimplemento ou impossibilidade de arcar com a obrigação, seria executado o fiador. Esta exceção está contemplada no artigo 828 do Código Civil, que contempla hipóteses de não aplicação do benefício de ordem, quais sejam: I – se o fiador renunciou expressamente; II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário; III- se o devedor for insolvente, ou falido.

Esta foi também a constatação de Alberton:

Sabe-se que os contratos de locação, com termos já impressos, padronizados, onde o fiador assina, abre mão do direito de ordem, assume obrigação de forma solidária e não tem expressa a advertência de que seu imóvel residencial está sujeito à garantia de dívida que eventualmente ocorra por inadimplemento do afiançado. Não sabe o fiador as nefastas consequências que poderão advir para si em decorrência da sua posição no contrato a não ser quando é chamado a juízo em execução.¹³⁶

¹³⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. p. 120

Se analisarmos as possibilidades de inaplicação do benefício de ordem, veremos que os contratos que envolvem a fiança sempre são pré-elaborados e impostos ao fiador, que acaba aderindo a ele, com as exigências de mercado, na maioria das vezes abusivas, abrindo mão de todos os seus benefícios.

Além disso, é importante o debate dessas exigências para o presente trabalho, tendo em vista que implica diretamente a questão central do problema, que gira em torno da possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação.

Em primeiro lugar, a fiança é exigência e possibilidade legal de segurança de pagamento para o locador nos contratos de locação. Assim, as imobiliárias e os locadores exigem do fiador uma certidão atualizada de imóvel próprio, para proceder à locação ao locatário (devedor principal). É flagrante que essa exigência constitui praticamente uma garantia real disfarçada, distorcendo totalmente a característica do instituto, que é de caráter pessoal. É possível ao locatário alugar um imóvel com um fiador que não possua imóvel próprio? A resposta seria sim, tendo em vista que poderia ser dada qualquer outra garantia ao locador, como declaração de renda atualizada, ou certificado de propriedade de um carro, por exemplo.

Mas a resposta correta e realística é não, já que o mercado imobiliário suprime o caráter pessoal da garantia, não permitindo acesso dos locatários à moradia sem um fiador com essa garantia real disfarçada. Passivamente, alguns de nossos tribunais, até mesmo o Supremo guardião Constitucional, curvaram-se à exigência perversa do mercado, permitindo a penhora de único imóvel que o fiador venha a ter, em caso de cobrança advinda do contrato de locação inadimplida por devedor principal. Dessa forma, concluímos que é possível que o devedor principal tenha um imóvel próprio, o qual não será penhorado pela sua própria dívida, por gozar da proteção legal da lei 8009/90, diferentemente do que acontece com o fiador que tem um único imóvel, que poderá ser penhorado em razão da dívida do devedor principal.

Neste sentido, bastante apropriada é a lição de Alberton: “supor que o fiador ofereceu em garantia o seu imóvel residencial para pagar valor referente a eventual

inadimplemento do afiançado é mera presunção, isto é, considerar verdadeiro aquilo que é provável em face do costume de mercado”.¹³⁷

A segunda parte do abuso salta aos olhos, quando se lê um contrato de locação, que, invariavelmente, traz os seguintes dizeres: *o Fiador, para os efeitos desse contrato, obriga-se como devedor principal e solidário, além de renunciar expressamente o benefício do artigo 827 do Código Civil.*

Ressalte-se que a exceção legal vem imposta ao fiador, sem abrir azo a qualquer discussão. Este, na maioria das vezes, acaba assinando o contrato, sem saber exatamente quais as conseqüências desse ato, o que ultrapassa o preceito de que ninguém pode alegar desconhecimento da lei, tendo em vista que isso concretamente não acontece, já que muitos operadores do direito e doutos magistrados consultam seus códigos e jurisprudências. Como se pode exigir de um cidadão qualquer conhecer perfeitamente a lei e seus detalhes?

Como enuncia Alberton: “Aliás, a favor daqueles que se sentem seguros em manter-se firmes ao texto legal, ainda há a presunção irrealista de que todos conhecem a lei.”¹³⁸

Portanto, é inadmissível a descaracterização que sofre o instituto da fiança no mercado imobiliário, bem como a incoerência de nossos tribunais que não discutem esses abusos, ficando a lei à mercê das manobras e arbítrio dos credores e da lógica do mercado.

É visível que nossos tribunais têm ignorado o caráter de contrato de adesão ou por adesão das locações, contrato esse que manipula a vontade do fiador, já que não se respeita a autonomia privada, o que, na maioria das vezes, se torna de difícil prova para o fiador, que não pode alegar desconhecimento da lei, nem mesmo ignorância,

¹³⁷ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). A penhora e o bem de família do fiador da locação. p. 119.

¹³⁸ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). A penhora e o bem de família do fiador da locação. p. 119.

já que sabe ler e escrever, (dessa forma, torna-se inacessível até mesmo reivindicar seu benefício de ordem, que, na maioria das vezes, já vem suprimido nos contratos impostos a eles).

Tendo discutido a questão central do trabalho nessa parte, terminaremos de analisar as características fundamentais do instituto da fiança.

Como já se viu, trata-se indubitavelmente de um contrato. Segundo Caio Mario e Orlando Gomes, de contratos unilaterais, já que geram obrigações somente para o fiador. Alguns escritores, como Beviláqua e Carvalho de Mendonça, afirmam que se trata de um contrato bilateral imperfeito, sob a justificativa de que pode surgir o direito do credor contra o afiançado para haver o que pagou e mais os acessórios.¹³⁹ “Porém não há bilateralidade eventual de obrigações, mas mera consequência da sub-rogação e simples repercussão dos efeitos do pagamento, o que permite ao fiador proceder contra o devedor, sem que se afastem as relações contratuais.”¹⁴⁰ “É um Contrato Gratuito tendo em vista que o fiador se obriga assumindo a responsabilidade subsidiária ou solidária do pagamento de uma dívida, sem qualquer vantagem. Quem se beneficia é o credor. Contudo, não é proibida a estipulação, em favor do fiador, de vantagens pecuniárias que compensem os riscos.”¹⁴¹

Trata-se de contrato acessório, já que pressupõe outro contrato, de cuja existência e validade depende. Da acessoriedade decorrem consequências como: a obrigação fidejussória não sobrevive à obrigação principal; a obrigação fidejussória tem a mesma natureza e extensão da obrigação principal. Portanto, se a obrigação principal for nula, a fiança desaparece.

O Contrato de fiança é *intuitu personae* em relação ao fiador. Importa, decisivamente, para a sua celebração, a confiança que inspire o credor.¹⁴² Na fiança locatícia, tal qual decorre na prática, pode-se afirmar que não mais existe a necessidade da confiança do credor, tendo em vista que este apenas exige um fiador que possua um

¹³⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil. vol. III.* p. 456, 457

¹⁴⁰ Ibid. p. 457

¹⁴¹ Ibid. p. 506

¹⁴² Ibid. p. 507

imóvel próprio, exigência de praxe no mercado e sem a qual não se realiza o contrato. Este é mais um dos pontos que distorcem o Instituto da fiança nos dias de hoje, pois se confirma a crítica feita anteriormente, de que existe uma exigência de garantia real disfarçada do fiador e não sua idoneidade.

Em relação à possibilidade de exoneração do fiador nos contratos em que figura como tal, o artigo 835 do Código Civil Brasileiro reza o seguinte: *O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.* Note-se, pela redação do artigo, que o fiador pode exonerar-se da fiança a qualquer momento, bastando notificar a decisão ao credor e o fim do prazo de sessenta dias, prazo este suficiente para que o credor consiga outro em seu lugar.

Percebe-se que, apesar de tantas exigências descabidas por parte dos credores, como do fiador possuir um imóvel próprio, praticadas nos contratos de locações, este se torna um instituto frágil, graças à possível desvinculação, sem maiores formalidades, por parte do fiador, com apenas uma notificação ao credor.

Conforme previsto nos arts. 837, 838 e 839, que versam sobre a extinção da fiança, o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal. Além disso, há outras hipóteses, como no caso de o credor conceder moratória ao devedor principal, nas quais o fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado.

Finalmente trataremos da modalidade de fiança, que tem sido instrumento alternativo que substitui a figura do fiador e evita o constrangimento do locatário que é o seguro fiança.

Regulado pela Lei do Inquilinato (8.245/91), o seguro fiança consiste no pagamento de determinada quantia, calculada com base no valor mensal do aluguel.

O seguro-fiança, presente em 5% das locações, é uma apólice feita perante seguradora pelo inquilino. Caso fique inadimplente, o dono do imóvel tem garantido o recebimento dos aluguéis.¹⁴³

Mas seu custo é alto; para uma cobertura de R\$ 700, relativa a um aluguel de R\$ 500, mais despesas de IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) e condomínio, o inquilino paga R\$ 466,52 por ano.¹⁴⁴ É bem verdade que as empresas de seguro costumam diluir em até 12 vezes o pagamento do prêmio, mas não há devolução do que foi pago para o inquilino ao final do contrato. Para aumentar o uso do seguro, algumas seguradoras estão cobrando o prêmio do proprietário do imóvel. São descontados 6% todo mês do aluguel.¹⁴⁵

Segundo Aimoré Freitas, representante do Secovi-SP, o seguro fiança no Brasil é pouco usado devido aos altos juros e altos aluguéis. Além disso, a Justiça demora oito meses para despejar um inquilino. Devido a essa demora, as seguradoras, para cobrir esse prejuízo, elevam os preços do seguro.¹⁴⁶ Outro problema é o baixo poder aquisitivo dos inquilinos, que não conseguem pagar esses seguros, tendo em vista que muitas vezes não conseguem nem mesmo arcar com os alugueres.

Portanto, a triste conclusão a que chegamos, segundo dados da folha de São Paulo, é a de que ainda estamos longe de viabilizar o acesso à moradia para os locatários, sem as exigências exageradas impostas pelo mercado, através dos credores, que exigem um fiador com um imóvel próprio, trazendo sua escritura atualizada, para garantir o adimplemento da obrigação, caso o devedor principal não cumpra. Dessa maneira, acaba-se excutindo um bem do fiador, mesmo que seja o seu único bem de família, submetendo-se o STF ao argumento de que assim se facilita o acesso à moradia aos locatários, sem, porém, questionar se não se podem dar outras garantias e criarem outros meios de acesso à locação.

¹⁴³ FOLHA DE SÃO PAULO. **Burocracia e custo alto inviabilizam o seguro-fiança.** Disponível em: [http://www1.folha.uol.com.br/folha/banking/seguro-fianca.shtml] Acesso em: 12/12/2006.

¹⁴⁴ Ibid

¹⁴⁵ Ibid

¹⁴⁶ Ibid

2.5. A EMENDA CONSTITUCIONAL 26/2000

A edição da Emenda nº. 26 de 2000 trouxe nova luz à questão. Com ela, acrescentou-se ao art. 6º. da CF/88 a moradia, ficando tal artigo enunciado da seguinte forma: *São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Tal inclusão reforça a proteção constitucional da moradia. O direito à moradia já encontrava previsão constitucional no inciso IV do artigo 7º, da CF/88, como direito do trabalhador urbano e rural a um *salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.* Constitui, ainda, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal.

Assim, a emenda tornou mais expressa a intenção constitucional de proteger a moradia, e não por acaso inclui-a especificamente no rol dos direitos fundamentais que, na concepção de Aina, é o “conjunto mínimo de direitos subjetivos considerados essenciais para que o indivíduo da era contemporânea possa viver com um padrão aceitável de dignidade, ainda que não seja o ideal, realizando o mais efetivamente possível o princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal (art. 1º., inciso III da CF).”¹⁴⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, em brilhante obra, predica por uma importante distinção:

¹⁴⁷ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** p. 15.

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁴⁸

Não há como negar que tais direitos ditos fundamentais guardam materialmente uma identidade acentuada com os chamados direitos humanos. Muito importa destacar que a inserção do direito à moradia na categoria de direitos fundamentais revela que se trata de espécie de direito intimamente ligada à questão da dignidade da pessoa humana, configurando assim uma categoria de especial proteção no ordenamento jurídico.

No embrião dos direitos humanos despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não a liberdade geral em benefício de todos, mas sim liberdades específicas, em favor dos estamentos superiores com algumas concessões ao povo. Isso se deve à Magna Carta (1215), que representou uma manifestação de rebeldia frente aos abusos da concentração do poder.¹⁴⁹

Seguiram-se então manifestações contra o abuso da tirania, como a do parlamento inglês e o *Bill of Rights*, que iniciavam a afirmação das liberdades civis, limitando o poder monárquico.¹⁵⁰

A Declaração da Virgínia, de 1776, constituiu, em seu artigo I, o registro de nascimento dos direitos humanos: "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 35 e 36. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34

¹⁵⁰ Ibid. p. 37

despojar sua posteridade; notadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”

Observou-se dessa forma um grande avanço, já que houve o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.¹⁵¹

Treze anos depois, o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reafirma a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos. Tal fato implicou imediatamente mudança nos fundamentos da legitimidade política.¹⁵²

Com as revoluções americana e francesa, surgia então a democracia moderna, como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, porém, diferentemente da democracia clássica (grega), sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica.¹⁵³

Portanto, até o momento, havia uma clara preocupação, na afirmação dos direitos individuais, em detrimento dos sociais, consagrando-se esta fase como a afirmação dos **direitos ditos de 1ª geração**.

Após este período, eclode na Europa a Revolução Industrial. A crescente legião de trabalhadores e a inteira liberdade do empregador para estipular os salários e as condições de trabalho levaram a uma brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Note-se que os preceitos individualistas pareciam haver se tornado inúteis. Isso acabou suscitando a indignação dos espíritos bem formados e provocando indispensável organização da classe trabalhadora, que passou a lutar unida por direitos não apenas de um, mas de toda uma classe.¹⁵⁴

¹⁵¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 38

¹⁵² Ibid. p. 38

¹⁵³ Ibid. 39

¹⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 41

Tais exigências sociais e econômicas consolidaram-se na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar, de 1919. Reconhecia-se, agora, como titular desses direitos, não um ser humano abstrato, mas o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Esta, portanto, é uma segunda fase, na qual tais direitos passaram a ser chamados de **direitos de 2ª geração**.

Posteriormente, em 1966, cria-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editado pela ONU, que veio a ser ratificado pelo Brasil apenas em 1992. Tal tratado já mencionava claramente a preocupação com a moradia em seu art. 11:

Os Estados-partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia** adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.¹⁵⁵

Dessa forma, nota-se que o direito à moradia, antes de ser positivado na CF/88 na forma de direito fundamental, já constava no rol de direitos humanos, constantes da ordem internacional, assegurado por tratado internacional, reconhecido e vigente no ordenamento jurídico pátrio nos termos do art. 5º. § 2º., da CF/88.

Percebe-se que a historicidade dos direitos humanos se verifica no plano internacional, e os direitos constantes das declarações e tratados passaram gradativamente a incorporar as Constituições, no rol de Direitos Fundamentais.

Não à toa, o direito à moradia, a exemplo dos documentos normativos internacionais, foi inserido na CF/88 entre os direitos sociais. “Na classificação de Sarlet, depreendemos que o direito à moradia encontra guarida como direito social de natureza

¹⁵⁵ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. p. 88.

prestacional. Isto equivale a dizer que a sua total aplicabilidade dependerá da intervenção do legislador, e, também, obviamente de políticas públicas voltadas para esse fim.”¹⁵⁶

Se este tipo de direito depende da atuação efetiva do poder público através de políticas e legislação, a efetivação do direito à moradia obteve grande avanço com a lei 8.009/90. A impenhorabilidade do bem de família se caracterizou como um importante passo na realização dos preceitos constitucionais e internacionais que versavam sobre a moradia antes mesmo da edição da emenda 26.

Com a edição da emenda, o que se fez foi reforçar a convicção de que a moradia deve receber proteção especial do sistema jurídico. Nesse sentido, a relatora da Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de Emenda Constitucional nº. 601-A de 1998, que veio a resultar na EC 26/2000, explicitou que:

A moradia é um conceito muito mais amplo e complexo do que o conceito de casa própria. A falta de casa própria, inclusive, tecnicamente só é computada para efeito de déficit habitacional na medida em que o aluguel passe a constituir um ônus excessivo para as famílias. A atuação governamental e da sociedade derivada da explicitação da moradia como um direito social envolve serviços básicos, a criação de mecanismos financeiros capazes de atender setores hoje excluídos, a revisão da legislação em vigor e a concepção de novos conceitos jurídicos.¹⁵⁷

A relatora enfatiza a criação de mecanismos financeiros capazes de atender setores hoje excluídos. Este é o caso do fiador. O direito à moradia do fiador não pode ser sacrificado para que se mantenha a estabilidade do mercado de locações. Se o legislador pode taxar inativos da previdência e estes são obrigados, pois, por força de lei a seguir tais ditames, o legislador pode também estimular ou fazer vincular os contratos de locação a outras garantias, pois a fiança, além de não ser a única, como já dito, é uma garantia adicional, e ainda assim utilizada de forma descaracterizada.

Não parece ser solução acertada retirar do fiador o benefício da impenhorabilidade do bem de família. A lei 8.245/91, ao readmitir tal hipótese, gerou um retrocesso no processo de efetividade dos direitos sociais. Ocorre que a consagração do

¹⁵⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. p. 94.

¹⁵⁷ Proposta de Emenda à Constituição nº. 601-B, de 1998, do Senado Federal PEC 28/96.

direito à moradia no rol de direitos fundamentais de 2ª. geração não só permite, como obriga o judiciário a uma releitura do sistema de normas, que, recorde-se, parte da Constituição para as outras normas inferiores e não o contrário.

Passemos, pois, a ver como se deu essa releitura: a edição da EC 26/2000 surtiu que efeitos no alto escalão do judiciário? Assim, se poderão analisar os argumentos apresentados pelos Ministros e a lógica jurídica que estes utilizaram para justificar suas decisões.

CAPÍTULO 3

A SOLUÇÃO DO CONFLITO

3.1. A SOLUÇÃO DO CONFLITO PELO ALTO JUDICIÁRIO PÁTRIO

A partir da edição da Emenda 26/2000, o judiciário foi demandado a uma nova interpretação da questão do direito à moradia do fiador executado por inadimplemento de contrato de locação. Com a nova previsão, a tão comum penhora do único bem residencial do fiador, prevista na lei 8.009/90 (com redação dada pela lei 8.245/91), seria uma afronta ao texto constitucional? Seria um novo caso de inconstitucionalidade no sistema jurídico pátrio?

O primeiro impacto no judiciário adveio das reflexões do Ministro Carlos Velloso, do STF, que, em 2005, proferiu decisão monocrática ao recurso extraordinário 352940/SP, que recorria de um acórdão, proferido pela Quarta Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que entendeu ser penhorável, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, o bem de família do fiador de contrato de locação. O RE foi interposto, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91. Eis o extrato da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Pelo que se extrai da decisão, a interpretação dada ao conflito passou a questionar a receptividade pela CF (em razão do art. 6º. com redação alterada pela EC

26/2000) do inc. VII do art. 3º. da lei 8009/90 (com redação dada pela lei 8.245/91). O que se entende é um perfeito ajustamento entre novo texto constitucional e a proteção do bem de família. Em que pese a anterioridade da norma ordinária, é esta que deve adequar-se à norma constitucional e não o contrário, por duas razões fundamentais: este tipo de conflito se resolve simultaneamente pela hierarquia e pela temporalidade. É notório que uma norma constitucional possui no ordenamento jurídico hierarquia superior a qualquer outra norma, e, havendo conflito, prevalece a constitucional; ademais, pela temporalidade, a lei constitucional, como lei que é, sendo posterior, revoga as leis anteriores que com ela conflitam, respeitando assim o mais básico princípio do conflito de normas: lei posterior revoga lei anterior a ela contrária. Esta é a essência do instituto da recepção, como preleciona Alexandre de Moraes: “A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção.”¹⁵⁸

Em trecho da decisão, o Exmo. Ministro elabora o seguinte raciocínio que merece transcrição:

Em trabalho doutrinário que escrevi, "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil", texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social, que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, a moradia do homem e sua família, justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família, Lei 8.009/90, art. 1º, encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 671.

do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.

O conflito, conforme interpretação do Ministro Carlos Velloso, pode ser marcado pontualmente da seguinte forma: a penhora do bem de família é incompatível com o direito constitucional de moradia que deve ser também estendido ao fiador pelo princípio da isonomia (de dar ao fiador o mesmo tratamento que recebe o devedor principal) e pelo princípio hermenêutico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Melhor dizendo, a razão pela qual o locador não pode satisfazer seu crédito mediante a penhora do único bem imóvel do devedor principal é o fato de que o direito de moradia é mais importante que o direito de crédito. Como, nesse contexto, considerar que o direito de moradia do fiador “vale menos” que o do devedor principal? Onde existe a mesma razão deve-se aplicar o mesmo direito.

Esse raciocínio passou a ser base de uma nova e praticamente dominante corrente jurisprudencial que passou a defender a impenhorabilidade do bem de família do fiador.¹⁵⁹

No entanto, a expectativa girava em torno do julgamento da questão pelo Pleno do STF. Em 08/02/2006, o Pleno se reuniu para o julgamento do RE 407688/SP, cujo relator foi o Min. Cezar Peluso. Em que pese a tese desenvolvida pelo Min. Carlos Velloso, o resultado se extrai da ementa do julgamento:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

¹⁵⁹ No STJ, logo após a decisão do STF, o entendimento dominante da Corte, que defendia a penhorabilidade do bem de família do fiador, passou ao entendimento contrário acatando os argumentos do Min. Carlos Velloso. Nesse sentido, ver REsp 631261, REsp 699837, REsp 745161, REsp 644733. No STF, a mesma tendência era notada: ver RE 449657, AI 491519, RE 349370, RE 415626, RE 415563, AC 967.

O Pleno, por maioria, considerou que é admissível a penhora do bem de família do fiador da locação. No entanto, tal decisão não foi unânime. Dez ministros participaram do julgamento: Eros Grau (voto vencido), Carlos Britto (voto vencido), Celso de Mello (voto vencido), Cezar Peluso (relator), Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

O primeiro a votar, o relator Cezar Peluso, fundamentou muito bem seu voto, desenvolvendo, na sua tese central, o argumento de que não existe afronta ao direito de moradia, sendo a penhora do bem de família do fiador um instrumento que garante o direito de moradia dos locatários. Nas suas palavras:

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

O ministro defende que a penhorabilidade do bem de família do fiador é, pois, uma forma de realizar o direito à moradia. Suplanta que a norma¹⁶⁰ que prevê tal possibilidade estimula ou favorece o crescimento da oferta de imóveis para fins de locação.

Realmente, há nexos no argumento. Quão mais fácil seja alugar um imóvel para habitar, eliminadas as dificuldades, mais pessoas terão esta possibilidade. A questão é: fácil para quem? Se o seguro-fiança fosse mais acessível, seria ainda mais fácil, e provavelmente a fiança pessoal correria o risco de cair em desuso. Porém, é mais seguro, menos custoso e cômodo aos locadores e administradores de imóvel possuir a garantia do imóvel do fiador.

A impenhorabilidade do bem de família do fiador não poderia ser assim interpretada, como um obstáculo à moradia arrendada. Lembre-se que na parte em que se explicitaram algumas generalidades sobre o instituto da fiança marcou-se ser este de natureza *intuitu personae*. Isso significa que não há efetivamente a vinculação do bem

¹⁶⁰ Art. 3º, inc. VII da Lei 8.009/90 (com redação dada pela Lei 8.245/91).

imóvel do fiador ao contrato. Não se trata de uma garantia real, mas pessoal. Assim, além do patrimônio do devedor, há o patrimônio do fiador, que constitui um todo a garantir o direito creditício. Há pessoas idôneas que rejeitam a possibilidade de ser fiadores ou porque não possuem imóvel próprio, ou porque não estão dispostas a colocar em risco o seu imóvel; mas possuem um carro ou outro bem apto a garantir a dívida.

Posteriormente, no seu voto, o ministro deixa escapar o que provavelmente seja sua real “preocupação”: “Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.” E posteriormente reitera: “porque os locadores - como sabemos, e isso é fato público e notório - não dão em locação sem garantia.”

Romper o equilíbrio de mercado a nosso ver é apenas uma probabilidade, cuja afirmação dependeria de estudo. Além disso, caso seja verdadeira a temida retração de mercado, e se isso se der em razão única e exclusivamente da impenhorabilidade do bem de família do fiador, que sejam estimuladas outras garantias ou que se criem novas.

O que se questiona é o seguinte: porque a única garantia que viabiliza a moradia arrendada é a fiança (diga-se, fiador com imóvel apto à penhora)? No comércio de bens e serviços, há uma série de direitos creditícios que costumeiramente são garantidos pela regra universal da sujeição do patrimônio do devedor, sem garantias adicionais. É o caso, por exemplo, do ensino privado, que, suportando os riscos da atividade, convive com variadas e oscilantes taxas de inadimplemento de seus clientes, valendo-se apenas do patrimônio do devedor (que muitas vezes não se sabe se existe) como garantia à eventual execução forçada. É o mesmo que dizer que praticamente não existe garantia do pagamento. Como tal atividade sobrevive sem a fiança?

Essas reflexões foram inclusive objeto de destaque no voto seguinte ao do Ministro Cezar Peluso. No seu voto, o Ministro Eros Grau defendeu que:

No que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa dirigiu seu argumento em outra direção para justificar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador da locação. Diz o eminente Ministro que:

É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

Como já explicitado aqui neste trabalho, há importantes peculiaridades que envolvem os contratos de locação. No item 3.3., dedicado à fiança, muito se falou sobre a natureza adesiva do contrato de locação. Estes contratos têm seus termos pré-estabelecidos unilateralmente e são simplesmente impostos ao fiador. Inclusive a renúncia ao benefício de ordem, que é prerrogativa do fiador, vem em meio às cláusulas, o que leva freqüentemente o fiador a erro. Em síntese, o fiador, muitas vezes, não sabe que o seu único imóvel está em risco. Como falar-se em autonomia da vontade nesse contexto?

Além disso, muitas vezes, nos casos em que o fiador tem pleno conhecimento do risco e da onerosidade excessiva que assume ao afiançar, há que se levar em conta que a instabilidade financeira é um fantasma que aterroriza a maioria das famílias brasileiras. No momento em que dá a fiança, acredita que sua capacidade financeira é o bastante para assumir os riscos do eventual inadimplemento do devedor principal. No entanto, a realidade financeira de uma pessoa pode mudar radicalmente em muito pouco tempo, seja por um investimento infeliz, pela perda de emprego, ou por outras situações tão comuns que fazem, infelizmente, parte do cotidiano brasileiro. Assim, de repente, o fiador pode ver-se em dificuldades, sobrando-lhe apenas o seu único imóvel residencial. Há ainda que se registrar que pode ele não conhecer a possibilidade

da revogação da fiança, ou ainda querer manter o pacto fidejussório, acreditando na boa-fé do locatário de honrar seus compromissos.

A figura da fiança pode ser utilizada, nesse contexto, como instrumento incentivador ou facilitador da má-fé do locatário. Assim como a suposta autonomia da vontade se dirige ao fiador, também faz presumir que o locatário possa arcar com os compromissos que assumiu de livre vontade. Assim, a fiança no contrato de locação é temerária, pois não só garante o eventual inadimplemento do locatário, como permite que este faça do fiador um típico financiador. Esta crítica formulada como situação limite foi também objeto do voto do Ministro Eros Grau:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.

É possível, dessa forma, imaginar diversas situações limites pelo possível abuso que comporta o uso descaracterizado da fiança. Além disso, como demonstrado, a fiança tal qual é praticada no mercado está eivada de erros que não permitem aplicar de forma absoluta a autonomia privada.

Radicalizando o embate, inclusive envolvendo a autonomia privada por via indireta, o Ministro Carlos Britto se manifesta no seguinte sentido:

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital, básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança. Ele não pode, mediante um contrato de fiança, decair.

A nosso ver, o raciocínio do Ministro é apropriado a uma situação limite como as que envolvem os direitos fundamentais, como categoria especial de direitos.¹⁶¹ Carlos Britto passa a considerar absurda a situação da perda do direito à moradia em razão de um terceiro, sendo que tal direito de moradia, um direito fundamental, se insere no rol dos chamados direitos indisponíveis, ou seja, aqueles aos quais nem o indivíduo titular do direito pode negar. Este raciocínio é muito bem desenvolvido pelo festejado professor da Universidade de Camerino, Luigi Ferrajoli, que identifica tal indisponibilidade sob dois aspectos: “a) indisponibilidade ativa, referente à impossibilidade do titular de um direito fundamental vir a aliená-lo; e b) indisponibilidade passiva, a qual consiste na inadmissibilidade destes direitos serem expropriados ou limitados pelo Estado ou por outros indivíduos.”¹⁶²

Esta inclusive é a lógica da Lei 8.009/90. Mesmo sendo anterior à emenda 26/2000, que inclui a moradia entre os direitos sociais (fundamentais), viu-se que o direito à moradia já estava consubstanciado no artigo art. 7º. , inc. IV, que é também direito fundamental. A lei da impenhorabilidade do bem de família tornou legal uma situação que antes era voluntária. Se antes o mais honrado dos homens podia entregar seu imóvel para saldar uma dívida, mesmo que para isso tivesse que comprometer a sua sagrada moradia e de sua família, com a impenhorabilidade o próprio Estado declara a indisponibilidade desse bem.

Esta é a indisponibilidade passiva de que fala o autor (um direito fundamental não pode ser expropriado pelo Estado ou por outros indivíduos). É uma questão basilar de lógica: se é indisponível para o devedor principal, também o será para o fiador, pois o seu direito também é o mesmo direito fundamental à moradia. É uma questão de isonomia. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da

¹⁶¹ Conforme Canotilho, “dizer que são direitos constitucionais fundamentais significa, precipuamente, que têm uma hierarquia de superioridade ante os outros direitos, mesmo os demais constitucionais (...) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**. p. 499.)

¹⁶² ADORNO, Rodrigo Santos. **Da inalienabilidade dos direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=726] Acesso em: 28 jan 2005.

produção legislativa¹⁶³. Assim, o legislador vinculado não pode permitir os correntes e já comentados abusos acerca da fiança no mercado de locações.

Na sequência do acórdão, o voto do Ministro Gilmar Mendes destacou discretamente o caráter programático dos direitos sociais e, portanto, do direito à moradia:

De fato, o texto constitucional consagra expressamente o direito de moradia. Do que depreendi do debate, não me parece que qualquer dos contendores tenha defendido aqui a idéia de norma de caráter programático. Cuida-se, sim, de se indagar sobre o *modus faciendi*, a forma de execução desse chamado direito de moradia. E estamos diante de uma garantia que assume contornos de uma garantia de perfil institucional, admitindo, por isso, múltiplas possibilidades de execução. Sem negar que eventuais execuções que venham a ser realizadas pelo legislador possam traduzir eventuais contrariedades ao texto constitucional, no caso não parece, tal como já apontado pelo Ministro Cezar Peluso, que isso se verifique. Não me parece que do sistema desenhado pelo texto constitucional decorra a obrigatoriedade de levar-se a impenhorabilidade a tal ponto.

Em verdade, o Ministro expôs sua opinião. Simplesmente disse que não lhe parece que da Constituição possa se interpretar que a impenhorabilidade deva ser levada tal ponto, ou seja, de estender também ao fiador tal garantia. Justifica a idéia de que se trata de uma norma programática, e por isso o *modus faciendi* abrange múltiplas possibilidades. Entende, pois, que o modo escolhido pela legislação infraconstitucional, isto é, de ressalvar a impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação é, pois, um *modus faciendi* admissível, realizador, portanto, do direito de moradia. Talvez seja realmente possível que se admita, em hipótese, que a fiança seja uma forma de garantir o acesso à moradia arrendada. Diverge-se, porém, por não considerar a fiança como única forma possível de garantir o acesso à moradia, principalmente na forma como é utilizada na locação. Que se use a fiança, mas que se vede a possibilidade de se sacrificar o direito de moradia do fiador. Portanto, entendemos não ser esta a melhor interpretação não só ao art. 6º. da CF/88, como do contexto normativo constitucional, que apresenta como um dos fundamentos da república a dignidade da pessoa humana.

¹⁶³ AMARAL, Thiago Bottino do. **Notas para um sistema punitivo democrático**. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7270] Acesso em: 28 jan 2005.

A Ministra Ellen Gracie, em sucinto voto, acompanha o relator, enunciando que “a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação.” Assim, entende a eminente ministra que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador é uma “condição necessária” ao acesso à moradia. Parece um argumento do tipo “os fins justificam os meios”, e isto é realmente uma análise bastante superficial, como se não houvesse, insistimos, outros meios de facilitar, fomentar e garantir o acesso à moradia. Basicamente, não se admite que legislador possa ter errado e qualquer condição imposta, qualquer exigência legal é presumidamente correta e inquestionável pelo mero fato de ser lei. Neste diapasão, a Ministra desconsidera ou no mínimo considera irrelevante qualquer discussão sobre antinomias e controle de constitucionalidade.

O voto seguinte é o do Ministro Marco Aurélio, que destacou que:

Surge a problemática: o artigo 6º da Constituição Federal, ao referir-se à moradia - não à propriedade, porque é possível ter moradia mediante contrato de locação, de comodato, e pelas mais diversas formas -, confere a intangibilidade da propriedade como bem único da família? A resposta, para mim, é negativa. Não fosse a Lei nº 8.009/90, não haveria como emprestar ao bem a intangibilidade, considerado o bem do proprietário executado por dívida diversa, própria, assumida por ele na forma direta.

O Ministro Marco Aurélio entende, portanto, que não há como conferir a impenhorabilidade ao bem de família, senão em razão de lei. Destaca que não se trata de proteção à propriedade, mas de proteção especial à moradia, que foi estipulada por lei e não pelo art. 6º. da CF/88. Contudo, note-se que a lei 8.009/90 protegia, através da intangibilidade, a moradia, inclusive do fiador, havendo sido suprimida tal hipótese com o advento da lei do inquilinato. Em momento algum os votos dos ministros vencidos quiseram estipular a propriedade como valor absoluto e ilimitado, nem tampouco é o que se discute neste acórdão ou em outros que tratam da questão.

Se a intangibilidade é conferida por lei, o art. 6º. da CF/88 torna essa necessidade ainda mais indispensável. Lembre-se, como bem sustentou Ferrajoli, que “os direitos são, ou não, fundamentais conforme sejam assegurados por meio da positivação

jurídica a **todos** os indivíduos de um determinado Estado na sua condição de pessoas.”¹⁶⁴ (grifo nosso). Assim, como se trata de direito fundamental e na base de sua constituição está a universalidade, ou o admitimos como tal, ou não se trata de direito fundamental. E se a lei 8.009/90 garante, mediante a impenhorabilidade do bem de família, a realização do direito constitucional fundamental à moradia, que esta previsão legal se estenda a todos, enquanto pessoa humana, respeitada, sob pena de ferir claramente o princípio da isonomia. Para que exista nexó no pensamento do Ministro Marco Aurélio, há apenas dois caminhos: ou se estende o benefício ao fiador, ou revoga-se a Lei 8.009/90.

Na seqüência, votou o Ministro Celso de Mello, que, de forma brilhante, defendeu a impenhorabilidade do bem de família do fiador. Na primeira parte, demonstrou a essencialidade do direito à moradia:

A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa.

O direito à moradia não é, assim, novidade no sistema jurídico pátrio. Através de acordos internacionais ratificados pelo nosso Estado, que possuem força de lei, o Brasil se comprometeu a reconhecer a essencialidade do direito à moradia.

A “ratio” subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser penhorado, muito embora o fiador – que se qualifica como garante meramente subsidiário (CC, art. 827) – possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falecer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa mesma constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Por este raciocínio, o Ministro, de forma incisiva, ressalta a descaracterização do instituto da fiança, que é utilizada ordinariamente como garantia de responsabilidade solidária, pois o fiador nem pode discutir tal cláusula que lhe é imposta

¹⁶⁴ ARAÚJO, Carolina Lobato de. **Fundamentalidade dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/opinioao/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=10534&descricao=artigos> Acesso em: 28 jan 2006.

sempre de modo adesivo. Na parte específica sobre a fiança, já se discorreu nesse trabalho sobre a responsabilidade subsidiária de que versa o art. 827 do Código Civil. A responsabilidade do fiador é, pois, subsidiária. E sobre a matéria há que se levar em conta o art. 595 do CPC, que diz que: *O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor. Parágrafo único. O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.* Porém, como se sabe, se o fiador garantir o adimplemento do débito, lhe faculta a ação regressiva contra o devedor principal que, sendo proprietário de imóvel apto a satisfazer a dívida agora perante o fiador, não a garante por força da lei 8009/90. O fiador, assim, é a figura a quem resta total onerosidade pelo contrato de locação, sem qualquer possibilidade de retomar seu bem penhorado, porque a lei lhe é desigual.

O Ministro Sepúlveda Pertence apenas atestou discretamente que acompanha o voto do relator, sem encontrar argumentos contrários tão fortes como apresentou o Ministro Peluso.

O último voto, do Ministro Nelson Jobim, a exemplo do Ministro Cezar Peluso enfatizou a lógica de mercado:

Na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação.

Jobim utilizou-se do mesmo argumento do Ministro Peluso. Como já dito, é certo que o mercado pode sofrer alteração, mas isso apenas se o legislador se omitir de incentivar e formular outras formas de garantia. O argumento de retração de mercado e penalização dos locatários não justifica o decaimento do direito de moradia do fiador, pois é um argumento conformista que se apresenta como única solução possível.

O resultado do julgamento da questão, pelo Pleno do STF, foi de 10 votos contra a impenhorabilidade do bem de família do fiador e de apenas 3 a favor. Parece

haver, em verdade, uma forte convicção de retração do mercado imobiliário. Não se pode inferir com certeza, mas é de se desconfiar que se trata de decisão política que beneficia o mercado imobiliário e os locadores, em detrimento da figura do fiador, sob o contraditório, mas brilhante, argumento de que é apenas coibindo o direito à moradia que se garante a moradia.

3.2. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

Como se viu, nos acórdãos acima analisados, diversos foram os argumentos apresentados pelos ministros tanto para possibilidade como para a impossibilidade da penhora do bem de família do fiador da locação. O que se viu, em verdade, foram diferenciadas visões do problema. Cada Ministro, ao seu modo formulou raciocínios na tentativa de buscar razões que justificassem a aplicação desta ou daquela norma. Portanto, a discussão, buscando, como bem explicitou Carlos Britto, as *raison d'être*, das normas foi, pois, uma discussão sobre fundamentos, princípios, valores.

No início deste trabalho, foi desenvolvido um capítulo contendo importante base conceitual sobre o tema. Viu-se a forte problemática que envolve a normatividade, quando se demonstrou que boa parte da doutrina e do judiciário enfrentam a questão de forma superficial: norma e regras são tratadas como se fossem o mesmo objeto e os princípios ainda atrelados a uma concepção elementar, quase metafísica.

Boa parte da doutrina muito já avançou no sentido de reconhecer a normatividade dos princípios e demandando uma concepção de Direito que supere o formalismo positivista e a insegurança jusnaturalista. O Pós-positivismo se afirma, assim como uma renovação paradigmática, como uma proposta para um Direito normativo e axiológico.

Desta forma, entendemos que apenas com a análise dos princípios é que podemos analisar que conteúdo, que valores devem prevalecer: os que justificam a

moradia do fiador ou os que justificam a possibilidade de penhora do seu bem de família; e entendemos que foi justamente a isso que se dedicaram os Ministros: a discutir a prevalência destes ou daqueles valores.

A Lei 8.009/90, como visto, surgiu em razão da proteção da instituição da família. Houve claramente uma limitação da garantia do direito de crédito para que, através da impenhorabilidade se garantisse um patrimônio mínimo como pressuposto de dignidade humana

Alberton, ao tratar do tema infere:

Tendo em vista, assim o sentido da dignidade da pessoa humana como valor e a função sociointegradora do Direito, entendo que, no caso do tema em exame, é possível admitir que qualquer norma infraconstitucional que permita o despojamento de moradia própria em decorrência de dívida de afiançado, retirando do fiador, que não ofereceu expressamente a sua residência como garantia, a segurança de um teto para morar, não atende ao princípio fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana e, portanto, não merece ser aplicada. Isso porque a norma infraconstitucional não observa a garantia de valor a ser preservado e a ser hermeneuticamente considerado.¹⁶⁵

Por sua vez a lei 8.245, especificamente no art. 82 que excetua o bem de família do fiador da locação do privilégio da impenhorabilidade, segue outra lógica. Este dispositivo surgiu para corrigir o suposto “erro” cometido pela Lei da impenhorabilidade, sob o suposto argumento de que houve retração do mercado imobiliário, uma vez que o fiador, deveria ter, pois, dois imóveis, já que apenas um não garantiria a dívida por gozar do benefício da impenhorabilidade.

Sabe-se, que a CF/88 consagrou o princípio da livre iniciativa tanto art. 170, e também como um dos fundamentos da República no art. 1º, IV. “Ao assegurar o livre exercício da atividade econômica, está o Estado assumindo também a garantia de

¹⁶⁵ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. p. 120

que essa atividade econômica se desenvolva e que será protegida pelos Poderes Públicos.”¹⁶⁶

Note-se, porém, que o art. 170 ao enunciar que *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)* vincula a livre iniciativa à dignidade humana e à justiça social. São valores, portanto que devem conviver em harmonia. A livre iniciativa é, pois, um fator capaz de proporcionar dignidade humana, já que muitas vezes, o credor depende da renda do imóvel para poder prover sustento a si e à sua família.

No entanto, não se pode admitir que a CF/88 fundou um Estado absolutamente não intervencionista. Isto não condiz com o explícito teor do art. 174 da CF: *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.* Há situações, em que o Estado, em todas suas esferas de poder, deve intervir, de modo a equacionar esta complexa questão, pois da mesma forma como o credor pode depender da renda de seu imóvel locado para subsistência, há situações em que o mesmo, não depende exclusivamente de tal possibilidade, tendo assim o fiador que sofrer um gravame excessivo, desproporcional e talvez irreversível, sem justificativa que pareça ser razoável.

Por seu turno, a EC 26/2000 reforçou a consolidação da proteção ao direito à moradia como direito social, elevando-o ao *status* de direito fundamental, inserindo a moradia ao art. 6º. da CF/88. Isto confirma a idéia de essencialidade do direito à moradia e aponta que a Lei 8.009, realizando tal direito em âmbito infra-constitucional, apresenta perfeita consonância com o sistema constitucional de fundamentos e garantias.

¹⁶⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** p. 27.

O traço mais marcante da EC é a localização entre os direitos fundamentais, pois reforça a idéia de dignidade humana e de isonomia, uma vez que, como visto, os direitos fundamentais se caracterizam justamente pela universalidade. Assim, tanto o credor, como o fiador, possuem direitos que se localizam inseridos no rol de direitos fundamentais.

Ressalte-se que a solução de antinomias através dos princípios, como ponderou Dworkin é instrumento eficaz, pois ao contrário do modelo positivista questiona-se a *ratio* das disposições normativas envolvidas, em detrimento de um tratamento mais superficial que ou encontra resposta nos parâmetros de hierarquia, cronologia e especialidade, ou em última análise, no poder discricionário do magistrado.

Conforme visto no capítulo que tratou da principiologia jurídica, os avançados estudos de Dworkin e Alexy se apresentam como teoria geral de solução de colisão entre princípios. O termo é assim utilizado, pois ao contrário do conflito, numa antinomia entre princípios, todos, desde que aplicáveis, incidem efetivamente na questão, não havendo exclusão, mas preponderância de um deles. Nas palavras de Dworkin:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'.¹⁶⁷

Os princípios possuem portanto, a chamada *dimensão de peso*, que significa que todos os princípios que incidem numa determinada questão são válidos, mas o veredito se dará através da avaliação do peso de cada um deles nesta questão especificamente.

Mais ou menos na mesma direção se dirigiu o pensamento de Alexy, que estipulou os chamados *mandados de otimização*:

¹⁶⁷ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 114.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados [...] En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas. [...] Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio,. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.¹⁶⁸

Cinge-se a questão em saber, quais são as circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam cada caso concreto. Pela tese dos mandados de otimização, todos os princípios, e portanto, valores, que envolvem um determinado caso concreto devem ser realizados na maior medida possível, sendo que o limite de cada um, reitere-se, encontra-se nas possibilidades fáticas e jurídicas.

A proposta que aqui se apresenta resume-se a diagnosticar que as possibilidades fáticas, as peculiaridades que envolvem uma determinada situação entre locador e fiador, são infinitamente mais variadas do que a previsão legal. Trata-se de reconhecer que a subsunção como processo mecânico de simples adequação dos fatos à lei é um problema real da ciência jurídica. Tal é a brilhante lição de Maria Helena Diniz: "Deveras, o direito nunca é, mas a todo momento pode vir a ser, e, logo que é, deixa de ser; fora da decisão judicial não há direito, mas a todo momento, dessa decisão, o direito pode surgir, e, logo que surge, desaparece, porque o direito objetivo, confeccionado para o julgamento de um fato, só serve para esse julgamento; e consome-se pela aplicação."¹⁶⁹

No início deste trabalho, já se havia desenvolvido o marco teórico segundo o qual “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. p. 143. Disponível em: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf] Acesso em: 29/11/2006. Tradução livre: O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fácticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus [...] Ao contrário, as regras, são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser apenas ou cumpridas ou não. [...] Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fácticas, trata-se de um princípio, se se exige uma determinada medida de cumprimento, trata-se de uma regra.

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. p. XVII.

da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”¹⁷⁰

Por isto, entendemos que norma, apenas quando aplicada ao caso concreto se constitui efetivamente em direito. O julgador, deve ter bem claro, que a análise de casos praticamente idênticos, por uma única circunstância fática diferente, muitas vezes ignorada, pode alterar profundamente o resultado, o destino que se lhe deva dar.

Com a teoria dos princípios o que se propõe é que tais peculiaridades, às vezes desconsideradas, que na doutrina de Alexy são chamadas de circunstâncias fáticas e jurídicas, determinam a prevalência de determinado valor e resolve a demanda de forma mais segura.

Decidir que sempre deverá prevalecer a impossibilidade de penhora do bem de família do fiador, assim como, decidir que sempre deverá prevalecer a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, transformando tal raciocínio em regra geral, é temerário.

Veja-se, por exemplo, a situação do fiador que ao assinar o contrato de locação, dada a já comentada natureza adesiva do contrato, bem como a dificuldade na compreensão da linguagem jurídica, nem sabe que está renunciando expressamente ao benefício de ordem e dando em garantia seu único imóvel. Nessa situação nos parece óbvio que seria inviável o judiciário decidir pela penhora do bem do fiador em detrimento do direito de receber do locador.

Da mesma maneira seria incoerente pensarmos em uma hipótese em que o fiador tem um único imóvel, pago em forma de financiamento de 20 anos junto à Caixa Econômica e acabar por perdê-lo em razão de inadimplemento do devedor principal, mesmo tendo comprovado nos autos essa situação, e ainda que o credor seja proprietário de 3 imóveis próprios, dos quais em um ele resida e nos outros dois, explora o ramo de alugueres.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 30.

Por outro lado, um credor que aluga seu único imóvel próprio, para morar num outro alugado mais barato e aproveitar o restante da renda para sua subsistência, teria direito de receber seu crédito do fiador mesmo que custasse a penhora do bem de família do garante.

Das hipóteses acima ilustradas se infere que o sopesamento de valores, será variável dada as peculiaridades de cada situação específica, não podendo o judiciário valer-se apenas da letra fria da lei, ou de julgamentos padronizados que não levam em conta a realidade social e cada caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, releva-se a utilidade da Teoria dos Princípios no desenvolvimento de um modelo de Direito capaz de revelar-se coeso com os anseios sociais; um Direito que se desligue da noção da lei como um fim e admita ao menos questionar seus modelos dogmáticos.

Esta lenta transformação coincide com o fenômeno da constitucionalização do Direito, através do qual se apresenta um corpo normativo-axiológico vinculante de toda ordem jurídica, como enuncia Pablo Stolze Gagliano: “A Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação doutrinária.”¹⁷¹

Isto permite dizer que há uma clara necessidade de perceber certos acontecimentos que movimentam o cenário jurídico propondo novas possibilidades de transformação social, desafiando o judiciário a novas soluções.

Foi o que ocorreu com o advento da EC 26/2000, que reavivou importante discussão sobre o papel do fiador no contrato de locação. A questão que se lançou ao centro do problema envolvia a suposta releitura ou recondução do novo conteúdo constitucional da moradia em face da legislação infra-constitucional que regula a matéria.

A expectativa, a partir do reconhecimento da moradia como direito fundamental, passou a suscitar o questionamento da possibilidade de penhora do bem de família do fiador da locação.

A paradigmática decisão do Ministro Carlos Velloso, que entendeu incompatível a penhora do bem de família do fiador em face do novo texto

¹⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54.

constitucional, aqueceu o cenário jurídico doutrinário e jurisprudencial, marcando uma tendência de sucessivos acórdãos que recepcionavam seus argumentos nas várias instâncias judiciais.

Posteriormente, com o julgamento da questão do Pleno do STF, considerando a penhora como válida e consoante com o direito constitucional de moradia, ainda que decisão não unânime, a nova tendência no judiciário, passou a seguir os mesmos rumos hermenêuticos anteriores à emenda.

Importante salientar, que em que pese o não funcionamento da súmula vinculante, a capacidade vinculante das decisões do STF constatou-se praticamente imediata.

Da pluralidade de argumentos que se apresentaram, e das variadas situações que se apresentam na prática, restou apenas uma certeza em toda a discussão: de que a fiança tal qual é praticada no mercado das locações revela-se um instituto temerário ao sistema jurídico.

Em primeiro lugar, a fiança surgiu como meio de responsabilidade subsidiária, e ainda hoje, assim está estipulada no Código Civil, arts. 818 e 827, sofrendo porém total descaracterização quando os contratos locatícios pré-estabelecem a exceção do art. 828 que determina as hipóteses do fiador não aproveitar o benefício de ordem, levando os garantes a assinarem tal pacto sem qualquer possibilidade de discussão das cláusulas.

Além disso, há com a fiança nos contratos de locação um excesso de garantia, tendo em vista que o mercado imobiliário exige fiadores com bens imóveis aptos a saldar o eventual inadimplemento do devedor principal. Sabe-se que o instituto da fiança tem caráter pessoal, mas na prática revela-se uma espécie de garantia real disfarçada.

Assim, esta maneira distorcida de utilização da fiança é o cerne da problemática da antinomia que aqui se apresentou. Sabe-se que a figura da fiança é

importante para garantir o acesso à moradia arrendada, mas o problema poderia ser solucionado para todas as partes envolvidas. Muitas pessoas poderiam ser fiadoras se não houvesse a exigência de serem proprietárias de bens imóveis. Haveria, a nosso ver, um custo social diminuído se o mercado imobiliário aceitasse fiadores que poderiam comprovar sua capacidade de garantia através de automóveis, declarações de renda, etc.

Assim, ainda persiste, neste trabalho, a forte concepção de que, em termos gerais, retirar a moradia do fiador para garantir a satisfação do crédito do locador, ou ainda, solucionar os problemas de habitação no Brasil, garantindo acesso à moradia, por ser exigência do mercado, não é a melhor nem a única solução.

Poder-se-ia defender que neste conflito, há de forma bastante evidente, o princípio da dignidade humana, como *ratio* das normas que se envolvem na antinomia. A moradia do fiador é realmente um pressuposto de dignidade, mas também é um pressuposto de dignidade do acesso à moradia do locatário; ainda, o direito de crédito, envolve também a dignidade humana como pressuposto. O que se quer dizer é que a garantia da dignidade desses três elementos, fiador, locatário e locador, não poderá ser, nos moldes como é utilizada a fiança nos contratos de locação, efetivada na mesma medida. Das hipóteses fáticas que se consegue conceber, haverá sempre um risco acentuado de que um terá de abrir mão da sua dignidade para garantir a do outro.

Pergunta-se: é justo que o locatário não tenha ou lhe resulte difícil, na ausência do instituto da fiança, acesso à moradia arrendada pra privilegiar o direito de moradia e, portanto, a dignidade do fiador? É justo que ao privilegiar a moradia do fiador, o locador tenha de abrir mão de garantia lícita às vezes essencial à sua dignidade? É justo que o fiador, tenha de abrir mão de sua dignidade, garantindo o crédito cuja obrigação em nada aproveita?

Enquanto exista a fiança locatícia, nos moldes como hoje é utilizada no mercado de locações, o princípio da isonomia estará em risco, pois o contexto legislativo, possibilita o tratamento jurídico desigual a iguais.

Nas decisões analisadas do STF houve um debate intenso, porém as circunstâncias fáticas peculiares daquele caso especificamente não fez parte do voto de nenhum ministro. Assim, é difícil avaliar se o STF proferiu decisão acertada ou não. Trata-se de determinar caso a caso, a quem importará menor diminuição da dignidade.

Por isso, o debate que envolve a prevalência do direito de crédito do locador, da estabilidade do mercado imobiliário, da facilitação do acesso à moradia, e da onerosidade excessiva imposta ao fiador, será ainda objeto de muita discussão, encontrando na teoria dos princípios, que considerando as peculiaridades de cada caso, permita através da ponderação de valores, ratificar-se como critério mais seguro de justiça.

REFERÊNCIAS

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

ADORNO, Rodrigo Santos. **Da inalienabilidade dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=726>> Acesso em: 28 jan 2005.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. In: Doxa Publicaciones periódicas. nº 5. p. 139-151. Disponível em: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf] Acesso em: 29/11/2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Notas para um sistema punitivo democrático**. Disponível em: [<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7270>] Acesso em: 28 jan 2005.

ARAÚJO, Carolina Lobato de. **Fundamentalidade dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/opiniaio/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=10534&descricao=artigos> Acesso em: 28 jan 2006.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. In: Doxa Publicaciones periódicas. nº 10. p. 101-120, 1991. Disponível em: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf] Acesso em: 01/12/2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: comentários à lei 8.009/90**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. Aula ministrada para o curso de pós-graduação do Instituto Luiz Flávio Gomes.

BRITTO, Carlos Ayres. **Tipologia das normas constitucionais**. Aula ministrada para um curso de pós-graduação do Instituto Luiz Flávio Gomes.

CALLAGE, Carlos. **Inconstitucionalidade da lei 8.009 de 29.03.1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial)**. RT 662/58-63, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Vol 1**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Lucia Cortes. **Os impasses do estado capitalista: uma análise sobre a reforma do estado no Brasil**. Ponta Grossa; UEPG: São Paulo: Cortez, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais de direito**. Trad. de: Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 1916.

FAGNANI, Eduardo. **Déficit nominal zero: a proteção social na marca do pênalti**. Campinas: Cesit, 2005. p. 5-18.

FAGNANI, Eduardo. **Política Social no Brasil (1964-2002): Entre a Cidadania e a Caridade**, Unicamp: 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Burocracia e custo alto inviabilizam o seguro-fiança**. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/folha/banking/seguro-fianca.shtml>] Acesso em: 12/12/2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDONÇA, Nadir Domingues. **O uso dos conceitos: uma tentativa de interdisciplinaridade**. p. 17

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, parte geral. Tomo I**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo, Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Portal Virtual de Direitos Humanos DHNET (<http://www.dhnet.org.br>)

Proposta de Emenda à Constituição nº. 601-B, de 1998, do Senado Federal PEC 28/96.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. tomo II. São Paulo: Saraiva, 1975.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROUANET, Luiz Paulo. **Positivismo jurídico versus justiça social?**. Grupo de estudos ética e justiça. Disponível em: [<http://br.geocities.com/eticaejustica/texto6.html>]. Acesso em: 10/11/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Celina. **Federalismo e descentralização na constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000300003&lng=es&nrm=iso> Acesso em: 27 Jan 2007.

SOUZA, Herbert José de. **Como se faz análise de conjuntura**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Os crimes sexuais e o papel da mulher no contexto da crise do Direito: uma abordagem hermenêutica**. In: Cadernos Themis Gênero e Direito, Porto Alegre, ano III, n. 3, 2002.

TELLES JÚNIOR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). **A penhora do bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org> > Acesso em: 9 de jan. 2007.