



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDERSON LUIZ ARANTES

**A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE
LOCAÇÃO – RE N.º. 407.688-8/SP: UM ENSAIO À SUPERAÇÃO DE SUAS RAZÕES
DETERMINANTES**

Florianópolis
2016

ANDERSON LUIZ ARANTES

**A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE
LOCAÇÃO – RE N.º. 407.688-8/SP: UM ENSAIO À SUPERÇÃO DE SUAS RAZÕES
DETERMINANTES**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Motter Borges.


Florianópolis
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

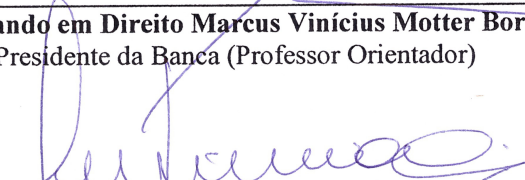
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*A penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação – RE nº. 407.688-8/SP: um ensaio à superação de suas razões determinantes*” elaborado pelo acadêmico Anderson Luiz Arantes, defendido em ..01 / ..12 / 2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota ..10 (..DE2), cumprindo o requisito legal previsto no art.10 da Resolução 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina através da Resolução 01/CCGD/CCJ/2014.

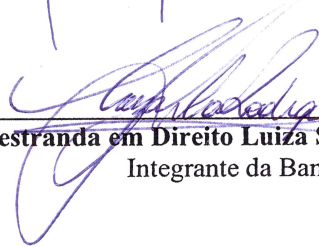
Florianópolis, ..01 / ..12 / 2016.



Doutorando em Direito Marcus Vinicius Motter Borges
Presidente da Banca (Professor Orientador)



Juiz e Doutorando em Direito Fernando Vieira Luiz
Integrante da Banca



Mestranda em Direito Luiza Silva Rodrigues
Integrante da Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Anderson Luiz Arantes

RG: 7.581.865-3

CPF: 034.749.629-65

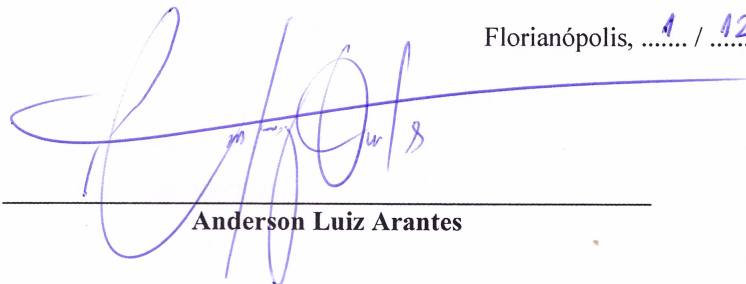
Matrícula: 12.100.099

Título do TCC: A penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação – RE n°. 407.688-8/SP: um ensaio à superação de suas razões determinantes

Orientador: Marcus Vinícius Motter Borges

Eu, **Anderson Luiz Arantes**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC, de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, / / 2016.



Anderson Luiz Arantes

AGRADECIMENTOS

Registro legítimos agradecimentos a Deus, primeiramente, que tem me sustentado forte em direção a meus ideais. À Universidade Federal de Santa Catarina que, através de seus servidores, recebeu-me carinhosamente durante toda essa jornada acadêmica. Ao corpo de docência do Curso de Direito da UFSC não apenas como vertente de conhecimento jurídico, mas como inspiração, refletindo luzes a possibilidades acadêmicas e profissionais. Registro, ainda, especial agradecimento ao Professor e Advogado Marcus Vinícius Motter Borges que, como orientador dessa monografia, franqueou apontamentos de grande valia sem, no entanto, desvalorar a autonomia das minhas disposições. Aos amigos acadêmicos que, não raras vezes, atenuaram as dificuldades ordinárias do curso. Aos meus irmãos da Força Aérea que, mesmo com imensuráveis adversidades, não vacilam à honra das atividades castrenses. Registro, carinhosamente, agradecimentos à Advogada Celina Rinaldi que, com muita disponibilidade, profissionalismo e respeito, partilhou seu lastro de experiência e conhecimento no exercício da advocacia. Aos meus queridos sogros João Marcos e Beatriz, pessoas muito amáveis, aos quais guardo especial admiração. Ao meu pai, Luiz Henrique, sempre dedicado à esposa, família e ao trabalho, por potencializar, dia após dia, meu respeito, admiração, carinho e amor. À minha mãe, Neuseli, mulher inabalavelmente forte, solidária até mesmo a causa impossíveis, sinônimo de superação, à qual revelo incondicional respeito, admiração, carinho e amor. À minha amada esposa, Priscila, que, lindamente, faz em meu rosto um sorriso fácil, dimensiona minha felicidade a níveis inimagináveis e à qual tenho como certo seu amor e apoio incondicional tornando mais leves os desafios da minha vida. Por fim, registro agradecimentos à minha filha, Ana Carolina, sempre muito linda, carinhosa, serena e, principalmente, amada, não apenas pela sua compreensão às minhas ausências em face das constantes obrigações que a atividade acadêmica exigiu, mas por permitir a coexistência do binômio “ensinar-aprender”.

“Mesmo que a vida pareça difícil, há sempre algo que você pode fazer para ter sucesso nela.”

Stephen W. Hawking

RESUMO

Os segmentos críticos da presente monografia se propõem à análise das razões determinantes do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP. O acórdão da Suprema Corte nacional – que, em sede incidental de controle de constitucionalidade, reconheceu que o inciso VII, art. 3º da Lei n.º. 8.009/90 não viola o direito fundamental previsto no art. 6º da C.F. – tem se instrumentalizado como precedente vinculante aos litígios de mérito equivalente, vez que a jurisprudência contemporânea socorre-se aos seus fundamentos pelo “método de adesão”, desonerando-se ao enfrentamento das teses favoráveis à impenhorabilidade do bem de família do fiador obrigado em contrato locatício. Essa aplicação jurisprudencial, por sua vez, dispõe sentido a expressões doutrinárias clássicas como “força gravitacional” e “sentido comum teórico”, dito de outro modo, verdadeiro ativismo judicial acrítico que banaliza o exercício jurisdicional à mera subsunção positivista. Portanto, decorrente à imposição crítica à *ratio decidendi* do RE n.º. 407.688-8/SP, patrocinada pelas premissas hermenêuticas do neoconstitucionalismo, exsurtem luzes à superação desse entendimento. Inobstante, viabiliza, através da aplicação do Direito, a oponibilidade à penhora do bem de família do fiador afim à garantia satisfativa dos direitos fundamentais, verdadeiras expressões valorativas institucionalizadas pela Magna Carta.

Palavras-chave: RE n.º. 407.688-8/SP. *Ratio decidendi*. Direito fundamental. Bem de família do fiador. Neoconstitucionalismo. Constituição Federal.

ABSTRACT

The critical segments of this monograph propose the analysis of the determining reasons of the Extraordinary Appeal n°. 407.688-8/SP. The judgment of the Supreme National Court – that, in control of constitutionality incidental, acknowledged that the item VII, art. 3 of Law n°. 8.009/90 does not violate the fundamental rights previewed in art. 6° of the Federal Constitution – has been instrumentalized as a binding precedent to the disputes of equivalent merits, since the contemporary jurisprudence succor to its foundations by the "adhesion method", self-exonerating to the addressing of favorable theses to the unseizability of the guarantor's family homestead enforced in the rental contract. This hodiernal jurisprudential application, in turn, owns sense to the classical doctrinal expressions as "gravitational force" and "theoretical common sense," that in other words, is said to be true uncritical judicial activism that trivializes the judicial exercise to mere positivist subsumption. Therefore, due to the critical imposition directed to the ratio decidendi of the RE n°. 407688-8/SP, sponsored by hermeneutical assumptions of neoconstitutionalism, lights come up to the overcoming of this understanding. Moreover, it enables, by applying the law, opposability to the seizure of the guarantor's family homestead in order to provide satisfactory guarantee of fundamental rights, true evaluative expressions institutionalized by the Charter.

Keywords: RE n°. 407.688-8/SP. Ratio decidendi. Fundamental right. Guarantor's Homestead. Neoconstitutionalism. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 NEOCONSTITUCIONALISMO	16
1.1 Introdução ao neoconstitucionalismo	16
1.2 Neoconstitucionalismo sob perspectiva de Ronald Dworkin	24
1.3 Neoconstitucionalismo sob perspectiva de Robert Alexy	33
2 DIREITO À MORADIA COMO EXPRESSÃO FUNDAMENTAL E A ORIGEM DE SUA PROTEÇÃO LEGAL.....	43
2.1 A dignidade da pessoa humana	43
2.2 Direito fundamental à moradia	45
2.3 Homestead: a origem do bem de família e sua natureza impenhorável	50
3 NORMATIVIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.....	54
3.1 Lei n°. 8.009/90	54
3.2 Lei n°. 8.245/91	55
3.3 Emenda Constitucional n°. 26 de 2000	57
3.4 Recurso Extraordinário n°. 407.688-8/SP	59
3.5 A aderência jurisprudencial às razões determinantes do Recurso Extraordinário n°. 407.688-8/SP	60
4 RE N°. 407.688-8/SP: UM ENSAIO À SUPERAÇÃO DE SUAS RAZÕES DETERMINANTES.....	62
4.1 RE n°. 407.688-8/SP: suas razões determinantes	62
4.2 RE n°. 407.688-8/SP: um ensaio à superação de suas razões determinantes	68
4.2.1 Prevalência ao direito fundamental de liberdade em detrimento à moradia.....	69
4.2.2 O direito à moradia não se resume ao direito à propriedade, portanto sua tutela é ampla	71

4.2.3 Há violação constitucional apenas aos casos em que ocorra execução de bem de família quando existentes outras medidas de obtenção de crédito	72
4.2.4 A norma pode, sem prejuízos de outras alternativas do Estado, incrementar a oferta de imóveis mediante uma garantia eficaz, portanto a possibilidade de penhora do bem de família do fiador	72
4.2.5 A penhora do bem de família do fiador viabiliza a locação, portanto sua inviabilidade promove retração ao investimento imobiliário	72
4.2.6 A inviabilidade da penhora do bem de família do fiador impulsiona o inquilino à garantia bancária (modalidade de garantia mais onerosa) ou impossibilita a efetivação da moradia àqueles sem capacidade econômica de suportar as custas dessa garantia	75
4.3 RE nº. 407.688-8/SP: razão determinante implícita.....	77
CONCLUSÃO.....	82
BIBLIOGRAFIA	84

INTRODUÇÃO

Ao longo de linear evolução histórica para construção do conhecimento existirão, sempre, pontos paradigmáticos que registram referências teóricas substanciais. Estas põem a lume novas perspectivas que, regularmente, promovem superação de pensamento. Esses pontos referenciais à linha evolutiva do pensamento projetam rupturas ao conhecimento dogmático (ideário regular que se perpetua, por vezes, mediante procedimento metodológico acrítico, destituído de razão ou à revelia da contemporaneidade científica). Desse modo, o conhecimento a ser desenvolvido (re) inicia-se sob roupagens teóricas inovadoras que melhor coadunam-se às instrumentalidades científicas atuais.

Para tornar mais límpida essa ideia, a fim de prescindir qualquer aprofundamento retórico, socorre-se à teoria do heliocentrismo. Esta superou os dogmas da teoria geocêntrica provendo revolução do pensamento à época, verdadeira “virada paradigmática copernicana”.

O Direito, sob viés objetivo de uma ciência social complexa a ser desenvolvida, não se personifica diferentemente, haja vista que possui, por óbvio, suas próprias viradas paradigmáticas.

Imune a pretensões de exaurimento, destacam-se as manifestações científicas que guardam maiores similitudes ao objeto dessa monografia, quais sejam: (a) virada paradigmática da teoria juspositivista à teoria jusnaturalista e, (b) virada paradigmática da teoria do neoconstitucionalismo à teoria juspositivista.

Qualquer pesquisa acadêmica, na pretensa construção de ideários minimamente aplicáveis, deve se perfectibilizar através de um patrimônio teórico que comporte adequação ao seu objeto teleológico. Como instrumento eminentemente subjetivo, torna-se o comburente de sofisticação do pensamento, conferindo-lhe o conteúdo ideal às arguições a serem desenvolvidas.

Portanto, sob influente perspectiva dessas revoluções jurídicas, optou-se, por razões óbvias, pela matriz científica do neoconstitucionalismo afim a iluminar as pretensões da presente pesquisa, vez que, como teoria contemporânea, é o condicionamento hermenêutico para aplicação do Direito através dos valores institucionalizados à Carta Constitucional, notadamente às causas em que a ausência de regras explícitas alarga o campo interpretativo e criativo da função judicial.

Em apertada síntese, o neoconstitucionalismo urge como temática teórica intensamente debatida na academia brasileira já nos últimos ventos do século XX. Suas inspirações mais eminentes personificam-se pelos trabalhos de Ronaldo Dworkin e Robert Alexy, meados da década de 80. Suas teorias constitucionais complexas são o esforço de

tradução funcional, dos juízes constitucionais, num regime governamental democrático da contemporaneidade.

O exercício jurisdicional ideal parte de um pragmatismo moderno revel às teorias do passado, vez que o neoconstitucionalismo torna-se o marco teórico apto a legitimar a interpretação judicial construtiva, fundada na principiologia valorativa constitucional.

Contudo, a resistência à inovação é entrave natural a qualquer processo de superação, quer seja pelo conformismo ao estado em que as coisas se apresentam ou pelas incertezas de como as coisas se apresentarão. Desta feita, muitos tradicionalistas recuam diante às possibilidades que uma teoria inovadora propõe. Outros, céleres dissidentes, entretanto filiam-se rapidamente, acampando inserções à promoção da superação do pensamento regular.

Portanto, em casos determinados, o ativismo judicial é demasiadamente conservador, aplicando razões alheias à virada paradigmática contemporânea que o neoconstitucionalismo ostenta. Suas determinações revelam-se afins à teoria juspositivista – doutrina jurídica que data à primeira metade do século XX – perpetuando-se, por vezes, constrições de direitos a desfavorecidos. Exemplo fiel (para esses casos) é a possibilidade de excussão de bem de família para satisfação de crédito à administradora imobiliária dirigente de contrato locatício.

Por oportuno, clarificando gradativamente o objeto teleológico da presente pesquisa, é de conhecimento regular que o bem de família é a tutela especial da Lei n.º. 8.009/90. Esta estabeleceu *status* de impenhorabilidade ao imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar diante de execução de 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 – ressalvadas suas próprias exceções.

Todavia o texto original foi logo alterado pela Lei n.º. 8.245/91 (conhecida, popularmente, como Lei do inquilinato). Esta inseriu, entre as exceções legais originais à impenhorabilidade do bem de família, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A Lei do inquilinato foi promulgada em substituição à Lei n.º. 6.649/79. À época, vez que a proteção ao bem de família havia inviabilizado consideravelmente a eficácia da fiança (modalidade de garantia pessoal ao contrato locatício), inseriu, pelo seu art. 82, a exceção prevista no inciso VII, art. 3º da Lei n.º. 8.009/90.

A atuação do legislador já havia causado confusão significativa na doutrina e jurisprudência. Muitos juristas inclinavam-se à inconstitucionalidade do texto normativo em

guarida ao direito social à moradia considerado, por muitos, implícito na Constituição Federal.

Não obstante isso tudo, em 14 de fevereiro de 2000 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º. 26 conferindo nova redação ao art. 6º da Constituição Federal. Esta tornou expressa a tutela da moradia deferindo-lhe *status* de direito fundamental social. A E.C. n.º. 26 superou o entendimento dos juristas mais resistentes ao seu reconhecimento implícito e acirrou, ainda mais, a discussão da validade constitucional à exceção da impenhorabilidade prevista no inciso VII, art. 3º da Lei n.º. 8.009/90. A militância foi tão significativa que a matéria chegou ao STF pelos Recursos Extraordinários n.º. 352.940 e 449.657 em 2005. Nessa oportunidade o Ministro Carlos Velloso, em decisões monocráticas, entendeu que a Constituição não havia recepcionado a matéria.

No entanto, em nova oportunidade, o STF mudou seu entendimento através do julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP em 8 de fevereiro de 2006.

Pelas razões determinantes desse julgado, sumariamente, afirmou-se que o direito à moradia não se restringe ao direito à propriedade imobiliária, ou seja, o direito social à moradia deve ser concebido em sentido amplo. Dessa forma, através de contratos de locação há, também, exercício ao direito à moradia. Nesse sentir, a expropriação do bem de família do fiador viabiliza o acesso ao direito à moradia dos “despossuídos” (expressão do Ministro Relator Antonio Cezar Peluso como definição à classe sem propriedade imobiliária), vez que torna a avença mais atrativa facilitando a celebração dos contratos.

Desse modo, ampliando sobremaneira as possibilidades de satisfatividade às obrigações locatícias através da garantia fidejussória, o cenário mercantil de arrendamento imobiliário torna-se economicamente estável e, por decorrência, viabiliza acesso ao direito social à moradia aos "despossuídos". Dito de outro modo, a possibilidade de execução creditícia contra fiador de contrato de locação mediante excussão de seu bem de família em hasta pública promove efetividade ao direito fundamental à moradia.

Entretanto, o Direito não é petrificado, portanto modulável aos valores contemporâneos que concretizam a ideia de Justiça. Não obstante toda postura jurisprudencial, por mais forte seu poder vinculativo, submete-se, também, a técnicas de superação. Decorre, daí, a aplicação do Direito sob auspícios do neoconstitucionalismo, tendo em vista que a abstenção à virada paradigmática promovida sobre o positivismo coaduna-se a ativismo jurídico alienado ao desenvolvimento contemporâneo da ciência jurídica.

Nesse sentir, a carga motivadora das razões determinantes do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP não convence, porque se apresentou à revelia das premissas do neoconstitucionalismo, precipuamente ao poder normativo da Constituição, isto é, ao reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas de imperatividade.

Isto posto, as adstrições da presente pesquisa circunscrevem-se a um ensaio à superação das razões determinantes do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP que considerou constitucional o inciso VII, art. 3º da Lei n.º. 8.009/90 face à nova redação do art. 6º da Constituição Federal.

A superação desse entendimento urge necessária, pois se sustenta pelos predicados valorativos constitucionais. Todavia, é prescindível a recorrência de abstrações ao longo do presente projeto de pesquisa. Portanto, colidindo contrapontos críticos, a fuga a esse imbróglia retórico se faz necessária, por mais atrativo que o pareça ser.

Assim, sob amparo teórico do neoconstitucionalismo, a construção de arcabouço argumentativo satisfatório à superação da *ratio decidendi* – brocardo jurídico compreendido como a essência da tese que fundamenta a decisão judicial – do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP, promovendo sua releitura a partir do Direito, mediante aplicação dos valores fundamentais institucionalizados à Carta Constitucional, é objeto teleológico que se propõe auferir.

Para tanto, a fim de preservar ao máximo o pragmatismo da presente monografia é pertinente por a lume alguns apontamentos.

Sua adstrição, primeiramente, decorre da relação jurídica tríplice entre locatário, fiador e administradora imobiliária (esta, na condição de procuradora do proprietário do imóvel), em que pese possa se ater, em alguma oportunidade, a exemplos contratuais distintos, mas apenas para construção de seu objeto teleológico principal.

Inobstante será adotado, a partir de então, a expressão “bem do fiador” (sempre com emprego das aspas) no sentido estrito de: bem de família do fiador obrigado em contrato de locação. Assim como a expressão RE n.º. 407.688-8/SP como substituto ao termo Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP. Ainda, Direito no sentido de Ciência jurídica e direito no sentido de materialidade normativa *lato sensu*.

Por derradeiro, vez clarificada a trilha norteadora da presente pesquisa atem-se, por ora, a apresentação da teoria do neoconstitucionalismo em linhas suficientes a solidificar o terreno jurídico que, gradualmente, principia-se.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 Introdução ao neoconstitucionalismo

A linha evolutiva da Ciência do Direito, como todas demais, é modulada pelo contexto histórico, político, econômico e social à época do pensar filosófico que detém maior apreço da comunidade científica. Muitos pontos externos a esse espectro de modulação evolutiva são ignorados ou abandonados em tempo exíguo, quer seja pela sua natureza reacionária que promove incerteza do novo caminho que se propõe ou quer seja pela sua total inconsistência teórica.

Entretanto, alguns pontos externos a esse espectro de modulação evolutiva constituem-se por premissas estruturais tão bem sofisticadas e inovadoras que sua adesão é, por vezes, irresistível. Na medida em que a elite científica vai dispendo filiações, a linha evolutiva inicia o guinar à nova direção. Quanto mais dissidentes as premissas, maior o ângulo vetorial da modulação. Por vezes, quão significativas as mudanças de pensamento que se tornam marcos teóricos à linha evolutiva. Muitos teóricos identificam esse processo como viradas paradigmáticas.

Não por acaso os desdobramentos da Ciência do Direito possuem seus próprios marcos teóricos registrados em específicas quadras históricas. Pontos determinantes, como a “vigência” do jusnaturalismo, juspositivismo e, contemporaneamente, neoconstitucionalismo, são elementos de personificação de sua linha evolutiva.

O Direito como expressão cultural é, sem dúvida, uma complexidade fenomenológica social. Um valor em constante transformação. Projetado por uma concepção positivista reducionista, afirma-se que Direito é norma. Dito de outro modo, é conjunto de normas, princípios e regras, dotadas de coercitividade afim à regulação de conduta humana. A teoria positivista, tendo como principal expoente o jurista austríaco Hans Kelsen, é dissidência teórica à doutrina jusnaturalista.

Desenvolvido a partir do século XVI o jusnaturalismo moderno converge lei à razão, tornando-se filosofia natural do Direito, baseado em uma principiologia de justiça universalmente válida. Foi propulsão às revoluções liberais, chegando ao apogeu com as Constituições escritas e codificações (BARROSO, 2005).

Esta virada paradigmática à concepção jurista do Direito promovida pela ascensão do positivismo no final do século XIX ostenta a pretensão de visualizá-lo sem influências

metafísicas jusnaturalistas, uma vez que as leis da humanidade, normalmente consuetudinárias, eram consideradas emanações divinas ou a própria ordem cosmológica. A concepção kelseniana da teoria pura do Direito é aplicação essencialmente imune aos axiomas do Direito natural que cunhava sua validade às aspirações das leis da natureza.

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1999, p. VII)

A teoria positivista pressupõe a aplicação (interpretação) da ciência jurídica apartada da moral. Nesse sentido a moral é axioma estranho ao Direito, exógena (clássica tese juspositivista da separação entre Direito e moral revelador de sua “pureza”). O positivismo é entendido, sumariamente, como qualquer ordenamento jurídico regularmente posto por quem possui competência para tanto, independentemente de, eventualmente, expressar-se injusto. (FERRAJOLI, 2012).

Segundo percepções de Ronald Dworkin, o positivismo possui como características fundantes proposições centrais e organizadoras.

Esses preceitos chaves podem ser formulados da seguinte maneira:

- a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.
- b) O conjunto dessas regras é coextensivo com o “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.
- c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça o se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de

determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (DWORKIN, 2002, p. 28-29)

A validade do Direito sob viés positivista e, portanto, sua aplicação resume-se meramente a processo mecanizado ou “estandardizado” de enquadramento ao texto normativo, subsunção do fato à norma. Hermenêutica de aplicação interpretativa da lei ao fato, livre, imune e despida de valoração jurídica. Desse modo a atividade jurisdicional torna-se exercício à revelia dos valores do Direito, uma vez que a interpretação decorre a partir da lei – verdadeira metodologia acrítica – banalizando sua satisfatividade teleológica, a Justiça.

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (BARROSO, 2005, p. 4)

A aplicação tecnicista do positivismo afasta o Direito às vicissitudes societárias que, constantemente em transformação, reclamam uma contemporânea satisfatividade às demandas culturais que exsurtem.

Uma vez que o Direito se apresenta reativo às necessidades sociais hodiernas – pois não possui natureza eminentemente preventiva tendo em vista a impossibilidade de exercício legiferante substancialmente pleno – a hermenêutica neoconstitucionalista levanta-se como verdadeiro instrumento científico para aplicação, mais célere, do Direito à lei. Esta aplicação metodológica é processo que viabiliza uma interpretação jurídica aos litígios carentes de regulação ou, quando regulados, não se apresentam suficientemente justos.

Contudo, para se tornar tangível e viável uma interpretação justa ou superação de interpretação injusta, a hermenêutica carece de uma aplicabilidade contemporânea do Direito e de uma teoria que se coaduna aos seus valores teleológicos, superando assim a “desvalorização” positivista “no” Direito e o processo mecanizado do jurista.

Difusamente, o sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma

intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. (STRECK, 1999, p. 51-52, grifo do autor)

O neoconstitucionalismo ostenta tais predicados, vez que a partir do Direito Constitucional, potencializado por elementos jurídico-filosóficos (integrando Direito e moral) e político-filosóficos (integrando Direito e política), promove percepção inovadora à teoria normativa, teoria da interpretação, teoria das fontes e, inobstante, ao conteudismo constitucional implícito às normas infraconstitucionais (MOREIRA, 2008). Nesse sentido, constitui-se virada paradigmática no Direito na exata medida em que rompe às premissas juspositivistas (FERRAJOLI, 2012).

A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz, objetivamente, alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético” – de maneira que direito e moral estariam conexos, e a justiça, mesmo que em mínima medida, seria um elemento necessário do direito e uma condição de validade das normas jurídicas – significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista. Mas é, simultaneamente, uma tese que, no constitucionalismo antipositivista termina por se converter na atual versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, em razão do qual os princípios constitucionais pretendem ser objetivamente “justos”. Trata-se, em ambos os casos, de uma tese exatamente oposta à clássica tese juspositivista da separação entre direito e moral (...). (Ferrajoli, 2012, p. 31)

A expressão neoconstitucionalismo foi adotada em épocas contemporâneas, em que pese suas manifestações originárias datarem de meados do século XX. O termo – segundo tese de doutorado de Jorge Galvão submetida à Universidade de São Paulo em 2012 – foi empregado pioneiramente em 1998 pela jurista italiana Sussana Pazzolo no artigo *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional* para designar a corrente doutrinária filosófica do Direito que adota um modelo axiológico de Constituição, compreendida por princípios submetidos à interpretação moral para satisfação essencial de suas prescrições. A jurista italiana concebe Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino como precursores dessa teoria. Em se tratando de terreno pátrio, afirma Jorge Galvão, que a expressão neoconstitucionalismo foi inaugurada em 2004 no volume nº. 2 da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica de temática (*Neo*) *Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as Constituições*.

A expressão neoconstitucionalismo incorpora diversas dimensões teóricas, esculpidas pelos filósofos que ostentam maior prestígio da comunidade jurista, que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. Por oportuno, diga-se desde logo, adota-se sua dimensão hermenêutica para aplicação do Direito tendo em vista as pretensões últimas da presente monografia.

A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo. (STRECK, 2011, p. 10)

O marco histórico que registra as primeiras manifestações doutrinárias da tese neoconstitucionalista, segundo eminente constitucionalista pátrio Luis Roberto Barroso, datam ao período do pós-guerra, precipuamente na Alemanha e Itália, meados do século XX. No Brasil, tardiamente, o movimento do novo constitucionalismo materializou-se com a promulgação da Carta Magna de 1988 (BARROSO, 2005).

O instituto normativo que retrata o desenvolvimento do neoconstitucionalismo é a própria Constituição alemã promulgada sob forte influência dos resquícios do fim da segunda grande guerra.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional, autoridade e graus acadêmicos. (BARROSO, 2005, p. 3)

Esse processo de desenvolvimento do neoconstitucionalismo exsurge a partir das Constituições do período pós-segunda guerra, haja vista que apresentaram uma disciplina normativa condicionante à atuação Estatal pela ordenação de finalidades e objetivos específicos, ou seja, superando sua histórica legislação restrita em delinear forma, regime, sistema e competência do Estado. Não obstante, o desdobramento à exigência de um ativismo judicial mais sofisticado, pois as práticas jurisprudenciais gradativamente se tornaram mais complexas requerendo a construção de parâmetros interpretativos – proporcionalidade, razoabilidade, ponderação, normatividade vinculativa, irradiação horizontal dos direitos fundamentais, etc. – viáveis à adequação valorativa que o texto constitucional passa a oferecer.

Por conseguinte, esse inovador avanço de idealizações jurídicas promoveu uma reestruturação diretiva do ordenamento jurídico, prescrevendo (não somente) a Constituição ao *status* de supraordenação reguladora, como também própria validade hermenêutica na aplicação do Direito. Destarte supera sua natureza coadjuvante para se tornar elemento de substancial integração normativa irradiando-se, a partir do ápice piramidal, a todas estruturantes do ordenamento jurídico, constituindo o verdadeiro espírito de validade.

Não obstante, a manifestação da organização política, nesse ideário evolutivo, transcendendo o Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Pelas acepções doutrinárias de Barroso essa organização política é estereotipada por denominações diversas, como exemplo, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático (BARROSO, 2005).

Essa concepção política-organizacional transforma o “comportamento estatal”, na exata medida em que as demandas sociais constituem-se objetivos prestacionais do Estado, ou seja, clamores liberais ao não-intervencionismo são superados pelo Estado Democrático de Direito tendo como principal instrumento de viabilização social as expressões jurídicas fundamentais positivadas na Constituição. Dessa forma a Magna Carta torna-se o pacto estatal a fim de, não só regular, mas atender ao desafio de viabilizar o Direito através de sua leitura valorativa.

A separação entre Estado e sociedade diminui consideravelmente, porque a intervenção na sociedade e em suas relações econômicas tornou-se ordinário pelo advento do neoconstitucionalismo, restringindo direitos individuais e contendo abusos econômicos.

O movimento neoconstitucionalista apresenta como marco filosófico o pós-positivismo (BARROSO, 2005). A sua natureza jusfilosófica é a convergência das duas grandes correntes de pensamento de paradigmas diametralmente opostos para o Direito, a saber, o jusnaturalismo e o positivismo. Nesse sentido o neoconstitucionalismo é a desnaturação da pureza dos postulados dessas escolas, difundindo-as em uma roupagem teórica contemporânea. Ao passo que o jusnaturalismo aproximou o Direito à razão, o positivismo o Direito à lei.

A teoria do neoconstitucionalismo não despreza o direito posto, entretanto sua pretensão não é vinculativa à lei, mas sim ao Direito. Verdadeira leitura da moral no Direito. Uma vez que para o positivismo a moral é elemento exógeno, para a teoria do

neoconstitucionalismo, a partir das acepções de Dworkin e Alexy, é interna ao Direito, entretanto imune às fundamentações metafísicas do jusnaturalismo (FERRAJOLI, 2012).

Mesmo antes da virada paradigmática promovida pelo neoconstitucionalismo (meados do século XX pelo pioneirismo europeu, precipuamente decorrência alemã), os métodos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny apresentavam-se insuficientes para a aplicação material da Constituição, vez que suas dimensões jurídicas e políticas passam a institucionalizar valores sociais.

Exsurge-se, disso tudo, hermenêuticas constitucionais que ostentam a pretensão de viabilizar satisfatividade às ideologias principiológicas fundamentais positivadas. O método integrativo, portanto, parte da premissa de que o Direito deva ser interpretado preservando o aspecto teleológico, sociológico, sistêmico e valorativo da Constituição.

Assim o processo interpretativo urge da compreensão macro do ordenamento jurídico sob viés Constitucional, ou seja, de seu sistema integrador, atendendo às necessidades societárias.

Nesse sentido, a teoria do neoconstitucionalismo é um movimento doutrinário que ostenta a pretensão de posturas interpretativas que primam à imunidade ao enrijecimento do exercício judicial, conferindo maior liberdade de atuação em benefício à promoção da transformação social através do Direito. Verdadeira releitura dos axiomas societários no Direito, concepção estranha ao positivismo clássico em que a moral era seu elemento exógeno.

Esse espírito teórico é a promessa da nova virada paradigmática pela qual se constrói uma concepção moderna da Constituição, bem como seu papel de interpretação jurídica geral. Não obstante, interpretação do Direito a partir dos postulados jurídicos valorativos expressos pelas normas positivadas nas Constituições, ou seja, direitos fundamentais (dito de outro modo, declarações valorativas internacionais à tutela dos direitos humanos quando internalizadas pelo Estado em sua Magna Carta).

As pretensões da teoria do neoconstitucionalismo, em terreno nacional, tornam-se influentes ao ativismo jurisdicional a partir da promulgação da Constituição Federal moderna. Por óbvio, a modulação evolutiva da Ciência jurídica pátria (decorrente dessa nova concepção teórica) se deu timidamente, conforme toda recepção inovadora naturalmente tende a ser.

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais,

fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. (BARROSO, 2008, p. 47)

Entretanto, em que pese esse início mais moderado de adesão ao neoconstitucionalismo, atualmente visualiza-se que o Poder Judiciário está adotando posturas afins à aplicação do Direito sob essa roupagem teórica moderna.

O próprio Superior Tribunal Federal vive uma nova fase de ativismo judicial e judicialização da política em que são superadas jurisprudências autorrestritivas, bem como a aceitação de uma série de propostas ativistas. (CAMPOS, 2014). Nesse sentido, André Ramos Tavares: “Sob o rótulo de ‘Neoconstitucionalismo’ se têm agrupado corrente e teorias (‘pluralidade de pensamentos’) que conclamam o Judiciário a atuar como protagonistas da ideia de Estado Constitucional Social de Direito”. (texto de apresentação de MOREIRA, 2008, p. 11).

Inobstante esse movimento favorável à doutrina neoconstitucionalista, em determinados casos, juristas incorporam aplicações ultrapassadas filiadas a dogmas do início do século passado, por exemplo, positivismo clássico. Não se sabe ao certo, nessas específicas situações, se o modelo comportamental adotado pela jurisdição é intencionado às próprias premissas teóricas de tempos idos ou (através delas) à promoção de interesses exógenos ao Direito como, por exemplo, alguma benesse classista.

O que se pode afirmar, sem embargo, é que não é lícito permitir oscilações cambaleantes em tantos sentidos quanto possíveis, pois se perpetuaria um estado de incerteza em nítido prejuízo à segurança jurídica. Nesse aspecto, necessária uma explicação sumária.

Sem dúvida alguma não se infere que o Direito é um valor social rígido, tão pouco negam-se os préstimos que o dogmatismo jurídico, por vezes, desenvolve. O que se ostenta clarificar é que as arguições propostas ao longo da presente monografia coadunam-se a perspectivas do Direito como um organismo vivo, ou seja, com capacidade de visualizar dogmas superados, carentes de aplicabilidade válida quando iluminados por uma teoria mais sofisticada e contemporânea.

Desta feita, o Direito como um organismo vivo, não petrificado, portanto modulável aos valores contemporâneos que concretizam a ideia de Justiça. Assim, toda postura jurisprudencial, por mais forte seu poder vinculativo, submete-se, também, a técnicas de superação. Decorre, daí, a aplicação do Direito sob auspícios do neoconstitucionalismo, tendo

em vista que a abstenção à virada paradigmática promovida sobre o positivismo comporta-se a ativismo jurídico alienado ao desenvolvimento contemporâneo da Ciência jurídica. Como desfecho dessa rápida explicação, colaciona-se o pensamento seguinte: “(...) quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável” (DWORKIN, 1999, p. 13).

Consecutivamente, o neoconstitucionalismo é instrumento de aplicação do Direito que, através de uma hermenêutica sofisticada, extrai da normatividade constitucional o teor axiológico para legitimidade do exercício jurisdicional. Negar sua força instrumental é, via reflexa, inviabilizar todos os pactos institucionalizados à Carta Magna, que se personificam pelos direitos fundamentais, verdadeiras concretizações para a promoção ao desenvolvimento social. A essencialidade do neoconstitucionalismo está na especificidade da interpretação constitucional que passa a ser concebido como técnica hermenêutica diferenciada, mediante perspectiva valorativa que os princípios constitucionais integram.

Por derradeiro, uma vez posto a lume às pretensões da teoria do neoconstitucionalismo, bem como sua concepção sob prisma de modalidade hermenêutica, cuja qual exsurge o cabedal valorativo dos princípios constitucionais, socorre-se aos estudos filosóficos de Ronald Myles Dworkin e Robert Alexy a fim de evidenciar a aplicação do Direito que cada doutrinador propõe.

1.2 Neoconstitucionalismo sob perspectiva de Ronald Dworkin

Ronald Myles Dworkin foi uns dos juristas norte-americanos mais aclamados pela comunidade científica moderna. Suas teorias, principalmente a concepção do Direito como integridade, possuem relevante autoridade doutrinária na atualidade. Pode-se afirmar, seguramente, como um dos empreendimentos teóricos mais instigantes no âmbito da Filosofia Constitucional.

A construção de seu pensamento, preliminarmente, se propõe ao diálogo crítico às premissas positivistas, levando-se em consideração o ativismo judicial americano da *Comum Law*, para verter em estruturantes de aplicação do Direito sob ótica da integridade.

À luz de suas concepções filosóficas, o positivismo jurídico não conhece como direito qualquer preexistência ao formato legislativo (DWORKIN, 2002), dito de outro modo, rechaça a possibilidade de aplicação, em um processo judicial, de direitos estranhos ou exorbitantes às expressões determinadas pelo compêndio de regras positivadas que constituem

a totalidade normativa de uma comunidade. Por seu turno, o utilitarismo econômico não aceita que direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, ou seja, que os cidadãos possuam instrumentalidade crítica contra uma decisão legislativa, a não ser apenas a alegação de que esta decisão não se coaduna, de fato, ao bem-estar geral.

O positivismo jurídico, que se opõe às pretensões aos direitos naturais, afirma que, estes, não possuem espaço em uma metafísica empírica digna de respeito, ideia patrocinada por Jeremy Bentham. Os liberais desconfiam da sofisticação ontológica. Sustentam que todos os modelos de coletivismo se apoiam em entidades fantasmagóricas como vontades coletivas ou espíritos nacionais e, haja vista isso, são hostis a qualquer teoria do Direito natural que pareça basear-se em entidades igualmente suspeitas. Contudo, Dworkin relaciona que sua teoria dos direitos individuais não pressupõe nenhuma forma fantasmagórica, porque, na verdade, não se trata de uma natureza metafísica distinta das principais premissas que a própria teoria do positivismo se filia. Aduz que é, de certo modo, parasitária da ideia dominante do utilitarismo: a ideia de um alvo coletivo da comunidade como um todo.

Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, filia-se a uma corrente de pensamento que estabelece distinções entre diferentes tipos de direitos que os indivíduos possuem. Decorrente a esta mesma natureza doutrinária, concebe o positivismo jurídico, por sua vez, como teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos que se constituem por decisões políticas ou práticas sociais expressas.

Destarte, sugere uma teoria alternativa que possibilite aos indivíduos direitos mesmo quando não positivados, dito de outra forma, exorbitantes aos já constituídos por uma decisão ou prática expressa. Essa concepção teórica viabiliza que, mesmo diante de *hard case* – expressão empregada por teóricos do Direito que define fatos jurídicos em que se verificam lacuna ou obscuridade à aplicação da lei – possa haver direitos disponíveis ao pleno exercício jurisdicional e, portanto, uma solução jurídica contemporânea e adequada às demandas e vicissitudes sociais.

Em casos aos quais se permitam ao juiz mera aplicabilidade de subsunção fática à norma, parece correto dizer, segundo as lições de Ronald Dworkin, que solução a um litígio fácil decorre de uma regra preexistente. Entretanto, em um *hard case* a *ratio decidendi* do magistrado filia-se a princípios de justiça e política pública, pois a regra escrita não se apresenta, satisfatoriamente, como instrumento normativo de argumentação da decisão judicial.

Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?

(...) Mas se os juízes somente podem criar novas leis nos casos difíceis, essa alegação é destituída de sentido. Portanto, embora a questão de se os juízes seguem regras possa parecer linguísticas, na verdade ela revela preocupações que em última instância são práticas.

(...) Os críticos do direito aceitam, mais uma vez por hábito ou convicção, o princípio de que uma decisão judicial é mais equânime quando ela representa a aplicação de padrões estabelecidos, em vez da imposição de novos padrões. Mas eles não têm clareza a respeito do que conta como uma aplicação dos padrões estabelecidos e expressam essa incerteza perguntando se, pelos menos em algum sentido, os juízes estão realmente seguindo regras, mesmo nos casos inusitados. A teoria do direito deveria responder essa preocupação explorando a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio da equidade que os críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente esse princípio. (DWORKIN, 2002, p. 8-9)

Complementa, Dworkin, que na discussão doutrinária a respeito de direitos e obrigações jurídicas (particularmente em *hard cases*, vez que se potencializam os problemas conceituais) cada jurista recorre a padrões que não funcionam como regras, mas operam – diferentemente – como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Os princípios, em *lato sensu*, indicam o conjunto de padrões (princípio, políticas e outros tipos de padrões) que não são regras (DWORKIN, 2002). Nesse limiar, como o positivismo é um modelo de (e para um) sistema de regras, prescinde a funcionalidade disposta pelos padrões que não são regras, pois, como percepção estruturante, sua identidade fundamental à validade do Direito decorre da positivação das normas postas.

Consecutivamente, o positivismo ignora a instrumentalidade da principiologia do ordenamento jurídico, mitigando suas pretensões e possibilidades à aplicabilidade do Direito.

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivos social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegura a maior felicidade para o maior número). (DWORKIN, 2002, p. 36)

A importância da aplicabilidade de princípios para análise de conceito de uma obrigação jurídica infere duas considerações possíveis. Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico constitui-se tanto de princípios como regras. Desse modo, Dworkin

confere aos princípios jurídicos mesmo *status* de tratamento que se dispensa às regras jurídicas. Inobstante o exposto, torna-se lícito afirmar a obrigatoriedade de lei que alguns princípios ostentam, devendo ser levados em consideração por juízes e juristas. Por outro lado, numa concepção dissidente, pode-se negar que tais princípios possuam natureza obrigatória, porém quando o juiz socorre-se de uma metodologia exorbitante às regras positivas que está vinculado a aplicar (ou seja, além do “Direito”), lança mão de princípios extralegais à solução de um *hard case*, se assim o desejar. Trata-se, em verdade, de duas opções de conceitos de princípios jurídicos.

Para Dworkin a questão de identificar a melhor abordagem disponível resume-se a qual delas presta-se socialmente mais adequada.

Assim, considerando os princípios jurídicos como obrigatórios ao ativismo judicial, personifica-se ilegítimo sua inaplicabilidade. Ao seu turno, considerando “os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, ‘adotam como princípio de ação’, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados” (DWORKIN, 2002, p. 48 – 49).

Esses apontamentos dicotômicos são satisfatórios a determinar se, em um *hard case*, há aplicação de direitos e obrigações jurídicas preexistentes. No primeiro caso, afirma Dworkin que o exercício jurisdicional está aplicando padrões jurídicos obrigatórios (princípios), direitos e obrigações jurídicas. Ao passo que, no segundo caso, a decisão judicial é discricionária.

O positivista defende a ideia de que, inexistindo regra a ser aplicada ao caso concreto, o juiz constitui-se de poder discricionário para decidi-lo mediante criação de direito. Um positivista poderia argumentar que os princípios não são vinculantes ou obrigatórios. Tal argumento seria um erro, pois, indubitavelmente, é sempre questionável se algum princípio particular obriga, de fato, alguma autoridade jurídica. Entretanto, não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la (DWORKIN, 2002).

Desse modo, princípios não funcionam, por óbvio, tais quais regras prescrevendo particularidades, mas inclinam a decisão a uma direção, muito embora, por vezes não conclusiva, mas como fonte a irradiar o Direito ao litígio.

Dworkin em sua crítica ao positivismo clássico e sua descrença à validade dos princípios afirma:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com

suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade não passam de plantas. (DWORKIN, 2002, p 63)

A partir dessas intelecções percebe-se que o positivismo jurídico é limitado, vez que não reconhece a instrumentalidade da principiologia jurídica, pois decorrente de sua natureza normativa vinculante torna-se a via de solução judicial para casos em que o espectro regulatório das regras é insuficiente, ou, quiçá, existe.

Ademais, além da instrumentalidade principiológica à aplicação do Direito, os princípios constituem-se de uma dimensão ou peso de importância (diferentemente das regras). Na solução de um litígio em que se inter cruzam princípios (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), o ativismo judicial não se pode furtar a considerar a força relativa de cada um. Por óbvio, conclui Dworkin, suas forças específicas não podem ser exatamente mensuradas. Consecutivamente, o julgamento que determina que um princípio ou uma política em particular é mais importante que outra será, constantemente, objeto de controvérsia.

Ao atribuir uma ordem de grandeza aos princípios jurídicos, Dworkin afirma que estão em constante transformação, desenvolvimento e mútua interação. Não obstante, intimamente conectados à responsabilidade institucional, à interpretação normativa, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes – “(...) decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, 2013, p. 385) – e, enfim, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas.

Em sua proposta de abandono ao positivismo jurídico, a fim de conferir aos princípios *status* de direitos, Dworkin disciplina que uma obrigação jurídica pode, assim, ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra específica. Nesse sentido, sustenta que uma obrigação jurídica existirá sempre que as razões que a sustentem (em termos de princípios jurídicos obrigatórios) sejam mais fortes do que as razões à sua inexistência.

Nos termos da sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas. (DWORKIN, 2002, p. 71-72)

Em relação ao teste fundamental para o Direito, ou seja, à fundamentação essencial para sua validação, aduz, o ilustre filósofo americano, que um princípio apresenta-se como princípio de direito quando se prestar à teoria do Direito mais bem fundamentada, tornando-se justificção das próprias regras positivadas. Decorre, a isso, inferir que não ocorrendo a justificção da regra via princípio aquela não é válida perante esta, portanto, não se trataria direito.

Desvendar tais direitos (não criar novos direitos) é ativismo judicial. Para tanto, na solução de *hard case*, haveria, segundo Dworkin, apenas uma resposta correta. Contudo, inexistente procedimento para comprovar essa resposta, o que não decorre disso que nem sempre exatamente uma afirmação sobre direitos seja verdadeira. Todavia, haveria procedimentos que informam a resposta correta, bem como critérios de julgamento da correção ou da verdade de afirmações sobre direitos. A teoria mais sólida do Direito como fundamento dessa resposta promoveria à condição de verdadeira ou correta. Submersa em uma teoria como essa os princípios assumem fundamental importância. Dworkin identifica essa teoria como aquela integrada por princípios e atribuições de pesos a princípios que melhor justifiquem as prescrições da Constituição, as regras positivadas, bem como os precedentes. Destarte, institui como regra social de reconhecimento o entendimento de aplicação de um princípio como direito quando integre a mais bem fundada e sofisticada teoria do Direito. Inobstante, deve ser aplicado com o peso que lhe confere essa teoria.

Decorrente a isso tudo que as diferentes teorias do Direito diferem-se sobre o modo pelo qual essa regra social deva ser aplicada a casos particulares. Entretanto, Dworkin afirma que o conceito de uma teoria do Direito não supõe que princípios e políticas expliquem as regras estabelecidas da mesma maneira que um historiador do Direito, identificando os condicionantes subjetivos daqueles que adotaram tais regras ou os grupos de pressão que influenciaram sua promulgação. Se uma teoria do Direito ostenta a pretensão de oferecer uma base para ao ativismo judicial, seus princípios devem justificar as regras estabelecidas. Para tanto, se faz necessário “identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras” (DWORKIN, 2002, p. 106). Essa metodologia de fundamentação às regras somente se efetiva se o ativismo judicial examinar muito em profundo a teoria da moral e da política. Superando, assim, os óbices que enfrentam as teorias em relação a algum “teste” de “pedigree” satisfatório a fim de averiguar qual (de duas justificções diferentes de nossas políticas) é superior a outra. Isso

ficaria em segundo plano à teoria estruturante do pleno exercício jurisdicional, pela qual os princípios fundamentam suas regras, bem como expressões das preocupações e tradições morais da comunidade.

Nesse limiar a Constituição tutela os interesses individuais dos cidadãos contra decisões da maioria, mesmo quando estabelecidas pelo interesse geral. Por óbvio que as restrições existem e, por vezes, assumem forma concreta, outras, padrões vagos. Sem dúvida, o conforto da maioria exigirá alguma adaptação por parte das minorias, mas apenas na medida necessária para a preservação da ordem. Portanto a ingerência à prática democrática exige justificação.

Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que – afirma-se – disposições constitucionais, tanto “vagas” como precisas, reconhecem e protegem. (DWORKIN, 2002, p. 209)

O pensamento do filósofo americano dispõe que uma teoria da interpretação estrita do texto da Magna Carta converge à concepção reducionista dos direitos constitucionais, vez que limita sua satisfatividade ao entendimento reconhecido por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história.

À pretensão de clarificar a ideia de que a metodologia de interpretação constitucional restrita não é adequada, Dworkin ilustra o pensamento seguinte: quando um pai impõe ao filho que este não trate as pessoas injustamente, por certo tem em mente exemplos de condutas injustas, entretanto não aceitaria que sua regra limitasse a esses exemplos. A uma porque deseja que seu filho aplique a regra em situações que não teria ou poderia ter pensado. A duas porque o pai está pronto a admitir que algum ato particular, ao qual previamente considerasse justo (*fair*), era injusto (*unfair*), ou vice-versa, para o caso de o filho argumentar contrariamente. Nesse caso, será mais pertinente afirmar que a regra incluía o caso por ele citado, e não que a regra mudou. O pai poderia afirmar, ainda, a intenção era a de que a família se guiasse pelo conceito de justiça (*fairness*) e não por uma concepção particular de justiça que tivesse tido em mente.

A aplicação do direito fiel ao texto da Constituição força, por essa mesma razão, à decisão entre concepções concorrentes de moralidade política. Deixar de considerar o texto constitucional impositivo e não estrito é um erro, pois prescinde a diretriz – imposta pela lógica do texto – que manda enfrentar as questões de princípios morais. Desse modo, não somente deve o ativismo judicial considerar a orientação das chamadas cláusulas

constitucionais vagas, mas, também, “revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral contemporânea” (DWORKIN, 2002, p. 215).

Inobstante a isso, Dworkin esquadrinha seu pensamento da seguinte forma:

Uma coisa é apelar ao princípio moral com fé tola de que a ética e a economia são movidas por uma mão invisível, de modo que os direitos individuais e o bem-estar geral irão fundir-se, e que o direito baseado em princípios levará a nação a uma utopia sem atritos onde todos estarão em melhores condições que antes. (...) Porém, questão diferente é apelar ao princípio *enquanto* princípio para mostrar, por exemplo, que é injusto obrigar crianças negras a receber sua educação pública em escolas para negros, ainda que muitas pessoas *venham a ficar* em pior situação se o Estado adotar as medidas necessárias para impedir que isso aconteça. Esta é uma versão diferente de progresso. Trata-se de progresso moral, e embora a história mostra quão difícil é persuadir os outros quando já se tomou a própria decisão, disso não se segue que os que nos governam não tenham a responsabilidade de encarar essa decisão ou de tentar tal persuasão. (DWORKIN, 2002, p. 230-231)

Complementa, ainda, que para soluções às quais se socorrem à justiça como argumento moral (precipuamente em *hard cases*), pode-se chegar a resultados diferentes. Mas, isso somente é possível se os elementos que aplicam esse valor possuam diferentes concepções de justiça. Para tanto:

Quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do *conceito* de justiça (*I appeal to what fairness means*), e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma *concepção* de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça (*I lay down what I mean by fairness*), e por isso meu ponto de vista está no cerne o problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral, quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la. Uma vez feita essa distinção, parece óbvio que devemos considerar o que venho chamando de cláusulas constitucionais “vagas” como representando apelos aos conceitos que elas empregam, tais como legalidade, igualdade e crueldade. (DWORKIN, 2002, p. 213)

Quando há divergências entre a concepção de Justiça, cada análise subjetiva, na verdade, não diverge sobre quais elementos integram o conceito de Justiça, mas qual ideário apresentado por cada sujeito representa mais eficientemente o valor da Justiça. Assim, mediante argumentação valorativa cada um apresenta suas concepções particulares a partir de perspectivas que, ao seu juízo, superam as divergentes. Dworkin prescreve que – essa atitude crítica e reflexiva pela expressão de diferentes concepções subjetivas morais sobre um mesmo objeto – é interpretação construtiva. Justamente essa metodologia que revela a essência de conceitos como, por exemplo, Direito.

Destarte, Dworkin entende que qualquer teoria jurídica é mais bem compreendida como um esforço hermenêutico que intenta prescrever o Direito em sua melhor versão moral. Desse modo a atividade judicial interpretativa descreve e justifica uma prática social,

evidenciando os valores legitimadores de sua decisão (Dworkin, 1999). Significa, sobretudo, uma atividade interpretativa do Direito integrando cada decisão, em um sistema coerente, à legislação e aos precedentes jurisprudenciais sobre o tema.

(...) o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. (DWORKIN, 1999, p. 164)

Segundo a teoria dworkiana, o direito aplicado sob viés da integração, as proposições jurídicas exprimem sua validade se integradas pelos axiomas principiológicos de justiça, equidade e devido processo legal, vez que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 1999).

Portanto, considera Dworkin que a interpretação construtiva crítica não é aplicada à revelia do historicismo jurisdicional:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p. 276)

Desse modo, o idealismo que se almeja do ativismo judicial coaduna-se à elaboração interpretativa sob perspectiva mais persuasiva daquilo que foi construído pela sociedade até o presente momento, exigindo do magistrado aquilo que Dworkin cunhou de dever de integridade. A partir desse modelo de integridade, a aplicabilidade da principiologia da moralidade, que justifica decisões em *hard cases*, possui restrições, pois não significa mera percepção subjetiva de uma justiça particular. O socorro a princípios para solução de *hard cases* justifica-se na exata medida em que apresentam de modo coerente às convicções fixadas. Não obstante, a coerência exigida não se resume a oferecer a melhor concepção do conjunto de decisões já adotadas pela comunidade. Perfaz-se, também, a responsabilidade judicial na observância aos conceitos (e não concepções) de justiça, equidade e devido processo legal.

Essa é a proposta interpretativa na perspectiva da teoria neoconstitucionalista dworkiana à qual a presente monografia filia-se. Portanto, ignorar a distinção entre conceito e

concepção dos valores constitucionais promove reducionismo à satisfatividade que se propõem, vez que possuem natureza normativa vinculante a irradiar à aplicação das regras positivadas.

1.3 Neoconstitucionalismo sob perspectiva de Robert Alexy

Robert Alexy é um dos mais influentes filósofos do Direito contemporâneo. Partindo das concepções originárias de Dworkin, o autor alemão promoveu avanços singulares à sua tese de aplicação do Direito fundada à principiologia prescritiva das Cartas Magnas ocidentais.

A construção de seu pensamento, tal qual a crítica de Dworkin se projeta ao positivismo jurídico, apresenta suas estruturantes em decorrência ao embate doutrinário entre a tese da separação e a tese da conexão. Nesse sentido, entende que filósofos (ditos positivistas) outorgam suas concepções à teoria do Direito segundo as quais elementos morais lhe são desvencilhados. Dessa forma, “restam a uma teoria positivista somente dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa e a eficácia social” (ALEXY, 2014, p 188). Ao passo que filósofos (ditos não-positivistas) filiados à tese da conexão promovem integratividade de elementos morais à teoria do Direito. Infere, ainda, que qualquer jurista que se digne dissidente às premissas positivistas sustentam embargo à prescrição kelseniana: todo conteúdo pode ser direito.

O pressuposto de que o Direito deva (ou não) ser definido, além dessas características que se ajustam aos fatos, pela integração de elementos morais é a especificidade última que diferencia, *face to face*, cada corrente jusfilosófica.

Essa referência teórica à qual Alexy denomina teoria não-positivista, em que pese filiar-se ao modelo intitulado tese da conexão fraca, é suporte sofisticado da versão moderna do neoconstitucionalismo. Esta concepção sustenta, a partir de uma premissa conceitual, que a teoria do Direito conjuga-se pela conexão moderada à moral.

O jurista alemão clarifica, com muita perspicácia, que a teoria não-positivista pode apresentar-se sob ótica modulada, vez que viabiliza, também, uma concepção de norma jurídica não adstrita à correspondência de conteúdo moral. Socorre-se desse artifício a fim de evitar o risco de uma legitimação teórica acrítica. A concepção mais “forte” da teoria não-positivista disciplina que a norma jurídica (ao mesmo tempo) deve ser justificadamente classificada em sublime convergência à moral.

Alexy não considera que – a partir da tese da conexão fraca – uma norma perde sua validade jurídica meramente por se apresentar injusta. Todavia, essa mesma norma ingressa em espectro de invalidade “após a incorreção ou a injustiça alcançar, como formula Radbruch, uma ‘medida intolerável’” (ALEXY, 2014, p 190).

Recorrendo à Regulamentação nº. 11, através da qual judeus perderam a nacionalidade alemã por motivações racistas, Alexy esquadrinha de modo peculiar a correta aplicação de direito face a normas de natureza procedimental válida, mas que, no curso de seus efeitos, sucumbe à fundamentação jurídica suficientemente satisfatória, tornando-se inválida.

Não se trata ainda, nesse ponto, de argumentos substanciais, mas somente do emprego adequado do termo “direito”. O argumento linguístico não deve assim prejudicar argumentos substanciais, o que significa que ele deve ser compatível com diferentes teses substanciais. Quando se aceita a tese de que há bons motivos jurídicos para que o juiz não aplique a Regulamentação nº 11, produzindo-se assim uma decisão que contradiz seu teor literal, não seria adequado, sob esse pressuposto, que o juiz afirmasse que a Regulamentação nº 11 é direito. Uma vez que ele decide com base em razões jurídicas, ele deve considerar também sua sentença como direito. E uma vez que ela contradiz a Regulamentação nº 11, a classificação dessa Regulamentação como “direito” teria como consequência o fato de ele ter que afirmar que normas contraditórias uma à outra, a saber, a norma geral estatuída através da Regulamentação e a norma individual expressada na sentença, devem ser consideradas “direito”. Essa contradição pode ser resolvida sem problemas se o juiz afirmar que a Regulamentação nº 11 seria direito “prima facie”, mas, no resultado, não seria direito. Com isso se expressa que o seu caráter jurídico seria negado no curso do procedimento de aplicação. Se há bons motivos jurídicos para não se aplicar a Regulamentação nº 11, o juiz não só pode afirmar que ela, no resultado, não é direito, como deve fazê-lo para evitar uma contradição. (ALEXY, 2014, p 193)

Por conseguinte, filia-se à ideia de que uma lei extremamente injusta pode ter sua aplicação superada na exata medida em que é submetida a “bons motivos jurídicos para se decidir contra o teor de uma lei extremamente injusta” (ALEXY, 2014, p. 193).

Nesse sentido, considerando que a possibilidade de juízos de justiça racionalmente fundamentáveis o sujeito, com base a essa fundamentação, identifica uma situação de injustiça. Assim, quanto mais extrema uma situação injusta, mais identificável torna-se. Portanto, é evidente uma “medida intolerável” (ALEXY, 2014, p. 198). Indubitável considerar que a identificação, em determinados casos, não é tão evidente. Todavia, ao que concerne à insegurança que isso pode acometer em um processo de identificação de evidência minorada, a tese não-positivista da conexão pode promover, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica. Ademais, essa imbricação deve ser relativizada, ponderada,

pelo valor da justiça. Essa é a síntese argumentativa de Alexy face à possibilidade de ofensa à segurança jurídica na aplicação do Direito à luz da tese não-positivista.

No julgamento da questão sobre a aceitabilidade dessa perda mínima da segurança jurídica deve-se levar em consideração que a segurança jurídica é um valor elevado, mas não o único. O valor da segurança jurídica deve ser ponderado em face do valor da justiça material. (ALEXY, 2014, p 198)

Não obstante a isso Alexy refina sua teoria enfrentando a resistência que a perspectiva relativista promove a tese não-positivista, vez que, sob essa perspectiva, a integração de elementos morais ao conceito de Direito significa nada mais que liberatório ao subjetivismo judicial para decidir *contra legis* nos casos em que a identificação normativa esteja à penumbra fronteira entre a injustiça não extrema e a injustiça extrema. Inobstante, casos em que suas preferências pessoais são afetadas de forma especialmente intensa.

A fim de superação a esse pensamento relativista, Alexy oferece um argumento que exsurge sob viés histórico-sociológico. O próprio desenvolvimento social em constante fluência induz o indivíduo à *ratio* de modo conforme à historicidade que integra. Hodiernamente, um magistrado não se proporia sentenciar em favor à escravidão, ao racismo, à homofobia, (...), independentemente de suas concepções morais particulares, pois induzido está pela força evolutiva do estágio social que integra. Ademais, um texto jurídico que se prestasse favorável a prescrições há muito superadas, segundo Alexy, pode ser fundamentado racionalmente como injustiça extrema.

(...) de que um juiz possa argumentar, com base em uma “moral nazista”, contra leis democráticas que atingiram a condição de justas, significaria que ele teria falhado no que diz respeito a um amplo consenso sobre os direitos fundamentais, pelo menos em um estado que se encontra na tradição dos direitos humanos ou que a inaugurou. Além disso, se juízos racionalmente fundamentados sobre injustiça extrema são possíveis, há motivos racionais para não se argumentar, com base em uma “moral nazista”, contra leis que atingiram o estado de democráticas. Um risco grave de que um juiz, apelando a um conceito de direito não-positivista, retire o caráter jurídico de leis justas por causa de uma violação intolerável contra uma “moral nazista” existe apenas em uma sociedade que já se devotou majoritariamente a uma “moral nazista”. O fato de o não-positivismo poder, em uma tal sociedade, ser mal utilizado dessa maneira é uma desvantagem, que porém não é muito grave. Quando uma “moral nazista” começa a ser dominante, leis que a contradizem em uma medida extrema não são mantidas por muito tempo. (ALEXY, 2014, p. 199)

Nesse mesmo sentir, a resistência à corrente doutrinária não-positivista não ostenta predicados satisfatórios quando infere que esta viabiliza um ativismo judicial usurpador do poder legislativo em flagrante ofensa à teoria dos freios e contrapesos de Montesquieu, como também às premissas da democracia, vez que o conceito de direito não-positivista permite a invalidade de uma norma apenas diante de injustiça extrema. Destarte, atua somente em uma

área central, ao passo que o “controle constitucional de lesões a direitos fundamentais em Estados democráticos constitucionais vai materialmente mais longe” (ALEXY, 2014, 200). Os reacionários à tese da conexão fraca de Alexy que se fundamentam à violação da separação dos poderes e democracia fecham os olhos ao controle judicial ordinário da relação legislador X direitos fundamentais.

Por derradeiro, o jurista alemão finda suas arguições à promoção da tese da conexão fraca, em oposição crítica ao positivismo jurídico, considerando que se apresenta com credibilidade sustentável a necessidade do conceito de direito não-positivista. Ademais, face à inércia legislativa e quando a aplicação injusta do direito não é insignificante frente ao novo direito constitucional válido, exsurge com maior vitalidade a necessidade do conceito de direito não-positivista, pois se instrumentaliza à tutela aos direitos dos cidadãos e da pretensão de correção que está necessariamente conectada a sentenças judiciais. Deixa evidente, ainda, que as refutações ao positivismo jurídico dependem da viabilidade de se fundamentarem racionalmente algumas exigências morais mínimas. Decorre, enfim, que caso seu pensamento dissidente não ostente a suficiência satisfatória “os adversários positivistas do argumento da injustiça teriam sido refutados somente em relação a uma prática jurídica que se filia à tradição dos direitos humanos” (ALEXY, 2014, p. 203).

Ingressando, por oportuno, à aplicação do Direito no âmbito dos direitos fundamentais, Alexy desenvolve seu pensamento acerca da certeza da fundamentação. Esta questão expressaria apenas uma dimensão à problemática geral da existência de critérios e regras a fim de se identificar a natureza certa ou errada de uma *ratio decidendi*.

Para tanto, a teoria da argumentação jurídica (que propõe Alexy) resume-se à fundamentação jurídica pragmática. Destarte, esse discurso jurídico é caracterizado pela existência de restrições vinculativas à lei, ao precedente e à dogmática. Todavia, essas condições restritivas que se opõem ao discurso jurídico não oferecem única solução em um caso prático. Até mesmo em litígios minimamente problemáticos, faz-se necessário o recurso a valorações que não são deduzidos do arcabouço material positivado (ALEXY, 2015). Por conseguinte, a racionalidade do discurso jurídico é dependente à identificação, sob pena de se tornar inutilizada, se essas valorações adicionais submetem-se a algum tipo de controle racional.

Essa problemática à fundamentação jurídica racional infere-se à possibilidade de uma fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais. Segundo o jurista alemão esta

temática se presta infrutífera quando submetida à prova pelas proposições diametralmente opostas: subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas; e, de outro, as posições objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas. No entanto, entende Alexy que não há razões satisfatórias ao posicionamento baseado no “tudo-ou-nada” (ALEXY, 2015, p. 549).

A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional. (ALEXY, 2015, p. 549)

Em que pese os resultados da teoria do discurso serem discursivamente impossíveis ou discursivamente necessários, reconhece, Alexy, a variabilidade desses resultados. Contudo, a deficiência promovida pela penumbra de variabilidade de resultados não pode ser curada meramente pela aplicação de uma teoria moral, mas sim através da associação da teoria moral à teoria do Direito. A viabilidade dessa associação decorre de um modelo procedimental integrativo por quatro estágios: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico e o processo judicial (ALEXY, 2015).

O discurso prático geral estabelece regras para um código geral da razão prática, sem, contudo, oferecer uma única solução para cada caso prático. Desse modo, exige-se a institucionalização da criação de direito (processo legislativo) que, no caso do Estado Democrático Constitucional, oferece um grau significativo de racionalidade prática à fundamentação do discurso prático geral. Todavia, isso *per se* não é suficiente à solução única para cada caso prático. Decorre, então, o discurso jurídico.

O discurso jurídico, tal qual o discurso prático geral, não é institucionalizado em sentido estrito, mas se encontra sob vinculação à lei, precedente e dogmática jurídica. Essa vinculação promove um reducionismo à incerteza quanto ao resultado da aplicação do discurso prático geral, em que pese a isso, não é eliminada. Para tanto, ingressa-se ao processo judicial, este, por sua vez, institucionalizado em sentido estrito. A aplicação (nesse estágio) processa-se em âmbito de argumentação e decisão, tal qual o processo legislativo. Os resultados de aplicação desse procedimento tornam-se racionais se suas regras e sua execução atenderem aos requisitos dos demais estágios procedimentais. Ao que concerne à condição das questões valorativas se apresentarem abertas pelos direitos fundamentais preexistentes, no

estágio do processo judicial (objeto não apenas de argumentação, mas também da decisão), não significa o abandono à racionalidade, afirma Alexy. Sustenta seu pensamento sob ótica de que essas questões valorativas são formuladas a partir de vinculações racionais (lei, precedente e dogmática), não obstante, essas questões valorativas podem ser formuladas a partir de uma “argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional” (ALEXY, 2015, p. 551). Em síntese é a tese de Alexy em relação à viabilidade de associação de uma teoria moral à teoria do Direito para aplicação dos direitos fundamentais.

Decorre disso a concepção do Direito sob dupla natureza. Por sua vez, essa dupla natureza implica o não-positivismo. Alexy afirma que o Direito pode ser concebido tanto de uma dimensão real ou ideal (crítica). Sua expressão real é representada pelos “elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral” (ALEXY, 2014, p. 207). A afirmação de que fatos sociais (estes compreendidos como legalidade autoritativa e eficácia social) são as razões determinantes àquilo que é ou não é Direito trata-se de discurso positivista. Ao passo que a correção moral, integrada como *plus* necessário a essa conjugação binária, modifica precipuamente a percepção àquilo que é ou não é Direito.

Contudo, a fim de esquivar às abstrações e formalidades, Alexy infere concretude a sua tese da dupla natureza mediante sistematização. Portanto, a estruturante essencial que torna viável esse sistema é a institucionalização da razão. Sob esse prisma, exsurge o constitucionalismo democrático ou discursivo constituído pelo encadeamento de ideários que se interpõem: defesa da dimensão ideal do Direito (não-positividade), defesa da dimensão real do Direito (positividade) e a conexão do ideal com o real (ALEXY, 2014).

Discorre, Alexy, que a prescritividade do Direito, em sua dimensão ideal ou crítica, ostenta-se à satisfação de uma correção moral. Essa é a propulsão de viabilidade à teoria da conexão. Não obstante, o Direito – aduz o jurista alemão – pode se levantar em favor a uma pretensão de correção moral, mas não por um interesse subjetivo qualquer e, sim, através da mediação por seus representantes. Estes, ao seu turno, atingem a legítima natureza de representantes do Direito quando, sua atuação, levanta-se objetiva. Dito de outra forma, quando prescindem todas as particularidades subjetivas que lhes são afins.

No primeiro passo tem que ser estabelecida a dimensão ideal do direito. Meu argumento gira em torno da tese de que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e que essa pretensão inclui uma pretensão de correção moral.

Essa pretensão de correção é a fonte da relação necessária entre o direito e a moral. (ALEXY, 2014, p. 207)

Ademais a pretensão de correção moral estaria ínsita ou implícita ao próprio Direito. Todavia essa implicitude se resolveria face à análise de decisões imersas em obscuridade, como por exemplo, pena perpétua não legitimada pelo Direito vigente. Essa análise de decisões imersas em obscuridades apresenta-se como o cabedal que torna explícita a pretensão de correção moral.

A pretensão de correção moral ostenta uma titularidade difusa, dirigida a todos. Para tanto, colaciona justiça como “um caso especial da correção, pois a justiça não é nada mais que a correção da distribuição e da compensação” (ALEXY, 2014, p. 208).

Questões que versam sobre a distribuição e a compensação corretas são questões de justiça, pois a justiça não é nada mais que correção na distribuição e na compensação. Questões de justiça são contudo questões morais. Nesse sentido, a textura aberta do direito, considerada em conjunto com a natureza das questões jurídicas, implica que a pretensão de correção levantada na produção de decisões jurídicas necessariamente se refere não só à dimensão real ou factual, mas também à dimensão ideal ou crítica. Isso se aplica mesmo nos casos em que o material autoritativo, por exemplo, a letra de uma lei, permite não mais que uma decisão, uma decisão que é injusta. Em tais casos, *ou a pretensão de correção equivale à pretensão de que é moralmente justificado aderir a uma lei injusta por razões que se referem ao valor moral da legalidade ou ela conduz à pretensão de que é moralmente justificado fazer uma exceção à lei e talvez até declará-la inválida com base no fato de, nesse caso, a justiça prevalecer sobre o valor moral da legalidade.* Isso mostra que a pretensão de correção do direito sempre se refere não só a fatos sociais, mas também à moralidade. (ALEXY, 2014, p. 210, grifo nosso)

No entanto, os positivistas se contrapõem à viabilidade da pretensão de correção na exata medida em que (esta) se conecta à moral. Afirmam, portanto, que são pretensões falsas, vez que os juízos que definem qualidade àquilo que é moral são subjetivos, relativos, ou simplesmente refletem resultados de meras decisões. Alexy intitula essa contraposição positivista como “objeção da irracionalidade” (ALEXY, 2014, p. 210) e oferece a teoria do discurso como método de refutação.

Dessa forma, sustenta Alexy que entre provabilidade e arbitrariedade há o elemento da racionalidade (razoabilidade). A teoria do discurso é a *praxis* procedimental da racionalidade. Essa teoria disciplina que a aplicação do direito é legítima quando exsurge do resultado de um discurso prático racional. Isso é instrumentalizado por um sistema jurídico integrado por princípios, regras e formas do discurso prático geral. As regras desse sistema impõem “não-contradição, clareza de linguagem, certeza das suposições empíricas e sinceridade, bem como regras e formas que dizem respeito a consequências, ponderações, universalizabilidade e à gênese de convicções normativas” (ALEXY, 2014, p. 210).

A essência procedimental da teoria do discurso infere substancial garantia dos valores liberdade e igualdade, no discurso, através das regras. Regras, essas, que disponham efetiva participação a todos os indivíduos interessados à influência do discurso. Portanto, o discurso é legítimo quando as motivações que o sustenta mantêm íntegro todos os princípios e regras do sistema normativo, bem como, ao mesmo tempo, as motivações contraditórias legitimam-se pela mesma idoneidade normativa.

Inobstante, Alexy, identificando a insuficiência da dimensão ideal, propõe sua complementação pela dimensão real (positividade), intitula essa proposta de “reconciliação entre ideal e real” (ALEXY, 2014, p. 211). No entanto, rechaça a ideia de que essa implementação do real ao ideal seria volver às premissas positivistas, pois, em verdade, é a sofisticação de sua teoria através da dimensão da positividade. Encerra seu pensamento afirmando que não se trata, também, de um caráter exclusivo à positividade, haja vista que essa condição seria negligenciar que a pretensão de correção substancial, ou seja, a pretensão à justiça, não se resolve pura e simplesmente com a institucionalização do Direito. Ao contrário, permanece viva sobre o Direito e no Direito.

Por essa razão é preciso distinguir dois estágios ou níveis de correção: correção de primeira ordem e correção de segunda ordem. A correção de primeira ordem se refere apenas à dimensão ideal. Ela diz respeito à justiça enquanto tal. A correção de segunda ordem é mais abrangente. Ela se refere a ambas as dimensões, a ideal e a real. Isso significa que ela diz respeito à justiça e à segurança jurídica. Porém, a segurança jurídica só pode ser alcançada através da positividade. Nesse sentido, a pretensão de correção, como uma pretensão de segunda ordem, necessariamente conecta com o direito o princípio da justiça e o princípio da segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Esses dois princípios, como princípios em geral, podem colidir, e de fato eles frequentemente colidem. Um nunca pode tomar o lugar do outro completamente, ou seja, em todos os casos. Ao contrário, a dupla natureza do direito exige que eles sejam considerados reciprocamente em uma proporção correta. Na medida em que essa proporção correta é obtida, é alcançada a harmonia do sistema jurídico. (ALEXY, 2014, p. 211-212)

Destarte, a correção nesse plano é uma questão de ponderação. A ponderação, portanto, assume a função não apenas de criação e aplicação do Direito, mas, também, na própria base do Direito. A técnica da ponderação está intimamente ligada à institucionalização da razão, afirma Alexy. Por conseguinte, a fim de viabilizar a “institucionalização da razão, é preciso não só resolver o problema da confrontação entre a positividade e a correção no limite, mas também conectar a positividade e a correção dentro do sistema jurídico” (ALEXY, 2014, p. 213). No entanto, isso é viável apenas na forma política do constitucionalismo

democrático ou discursivo, sendo que democracia e direitos fundamentais exsurgem como seus elementos principais.

Barroso sintetiza a teoria de Alexy considerando que a construção de seu pensamento fundamenta-se pela ideia de que as regras veiculam mandados de definição, enquanto princípios, mandados de otimização. Por essas expressões infere-se que as regras (mandados de definição) possuem natureza bicorrespondente, dito de outra forma, apenas admitem duas correspondências em face de seu substrato fático típico: a) são válidas e se aplicam; ou b) não se aplicam por serem inválidas. A validade ou invalidade de uma regra se observa juridicamente. Não se admitem modulações sob pena de inviabilizar a estrutura normativa. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação (BARROSO, 2003).

Os princípios, por sua vez, apresentam-se distintamente. Como mandados de otimização, sua satisfatividade se pretende da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação modulável de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem, no entanto, violar sua validade jurídica.

Esses limites jurídicos, ou seja, essa restrição à natureza de otimização do princípio são identificadas por regras que o excepcionam em algum ponto, como também por outros princípios de mesma ordem que se opõem e procuram igualmente prevalecer em um caso concreto, impondo aplicação da metodologia de ponderação (BARROSO, 2003).

Nesse prisma, a corrente filosófica de Alexy, de viés doutrinário eminentemente dworkiano, apresenta-se dissidente à tese da separação. No entanto, acampa em direção a uma modulação axiológica ao Direito, vez que se fideliza à tese da “conexão fraca”. Tendo em vista essa concepção moderada, reconhece a existência de direito sem integração moral, ao contrário à tese da “conexão forte” na qual todas as regras de direito constituem-se valorativamente. Decorre disso, as prescrições estruturantes conceituais do Direito (natureza dúplice) esvaziam-se face à presença de normas de natureza extremamente injustas. Inobstante, admite-se a superação a essas normas mediante arguição de motivações jurídicas suficientemente satisfatórias viabilizadas pela teoria do discurso (prática jurídica da racionalidade). Essa teoria infere que a aplicação do direito é legítima quando adequada, não apenas às normas positivas, mas, precipuamente, à pretensão na correção moral, que, em último plano, personifica-se pretensão à justiça.

Por derradeiro a aplicação do Direito decorre da funcionalidade das regras, bem como princípios. Entretanto as regras expressam prescrições definitivas ou reais, ao passo que, princípios, prescrições *prima facie* ou ideais. A partir de então, Alexy desenvolve desse arcabouço teórico sumariamente apresentado, uma teoria da proporcionalidade integrada, essencialmente, pela tese da ponderação. Esta, como especificidade que viabiliza a pretensão de uma correção moral sempre necessária diante vicissitudes societárias que demandam, ao Direito, céleres respostas.

2 DIREITO À MORADIA COMO EXPRESSÃO FUNDAMENTAL E A ORIGEM DE SUA PROTEÇÃO LEGAL

2.1 A dignidade da pessoa humana

Uma vez centrado rápido feixe luminoso às premissas da corrente de pensamento neoconstitucionalista – precipuamente originárias vertentes de Dworkin e Alexy – no interesse de identificar o método sofisticadamente mais adequado e contemporâneo de aplicação do Direito, mediante fonte axiológica dos princípios constitucionais, em face de demandas que exorbitam a restrita capacidade do regramento positivado, exsurge a necessidade de delinear, conceitualmente, dignidade da pessoa humana. Isso se justifica uma vez que a fruição do princípio da dignidade da pessoa humana decorre da efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito fundamental à moradia assume evidência singular na exata medida em que ostenta predicado de concretização desse axioma constitucional. Por óbvio que, em conformidade ao objeto teleológico da presente monografia, rápida síntese do elemento em tela é bastante satisfatória.

Destarte, a gênese para aplicação de uma Ciência qualquer parte de sua própria delimitação cognitiva. Conhecer um objeto é identificar: a essência de seus elementos, a ponte relacional de seus elementos com seus subelementos, sua funcionalidade *stricto sensu* e *lato sensu*, as influências endógenas e exógenas e seus efeitos decorrentes, etc.

Assim, a tarefa doutrinária investida na pretensão de conferir conceitos a elementos da Ciência do Direito é caminho tempestuoso a trilhar, pois na tentativa de atingir uma projeção fidedigna à natureza jurídica que esses elementos se propõem, ou seja, fidelizar a real concretude através de um termo, uma expressão, esquivando-se à abstração teórica, corre-se o risco ao reducionismo conceitual ou, o que é pior, à falácia conceitual. Mormente, os óbices a essa pretensão ganham especial contorno de dificuldade quando se trata de definir dignidade da pessoa humana.

Consecutivamente, é até justificável a constante pendular na delimitação dos elementos jurídicos. Portanto, busca-se sempre a mediatrix cognitiva em meio ao espectro que essa variação circunscreve no interesse de se ver imune ao reducionismo ou falácia conceitual.

Nesse prisma, Ingo Sarlet dedica ao termo uma natureza vaga, imprecisa, ambígua, bem como polissêmica. Não obstante, afirma que não se trata de um elemento de definição

fixista, vez que em permanente processo de construção e desenvolvimento. Na qualidade de conteúdo jurídico é direito indisponível haja vista seu valor absoluto à condição humana, portanto, indissociável desta (SARLET, 2006).

Este axioma jurídico, através das declarações internacionais de direitos e todo processo de internalização constitucional em diversas nações, é o amparo do mundo ocidental. Nessa esteira os Estados, consoante o pacto Constitucional, não somente se tornam atores prestacionais, mas as atividades que encerram devem convergir à preservação e efetivação que a matriz axiológica da dignidade da pessoa humana ostenta.

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade). (SARLET, 2006, p. 47)

Não por acaso o constitucionalismo pátrio tem por fundamento e objetivo republicano a dignidade da pessoa humana. Por oportuno, socorre-se a consistente lição doutrinária de Luiz Roberto Barroso, vez que aponta a dignidade como personificação de um valor fundamental com *status* de princípio constitucional (BARROSO, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana possui dúplice função. Ao passo que se apresenta como fundamento normativo aos direitos fundamentais, abarca, também, justificação moral.

Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. (BARROSO, 2015, p. 389)

Nesse sentido, o renomado jurista afirma que a plêiade dos valores civilizatórios incorporados como patrimônio da humanidade é a expressão da dignidade da pessoa humana. Este princípio constitucional, por sua vez, é integralizado pelo axioma do mínimo existencial, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (BARROSO, 2000, p. 59). Portanto, conjugar satisfatividade de direitos sem observância ao mínimo existencial é, via reflexa, violação

jurídica à dignidade humana. Em que pese mínimo existencial não se constituir postulado expresso à Carta Magna, é elemento implícito aos princípios constitucionais que, somente a partir de uma hermenêutica contemporânea, qual seja, neoconstitucionalismo, pode-se efetivar.

Afirma Barroso que não há consenso doutrinário aos elementos que compõem a expressão “mínimo existencial”, muito embora considere que a doutrina tem-se inclinado à convergência em relação à saúde básica, educação fundamental, renda mínima e o acesso à justiça, este como instrumental de exigibilidade e efetivação de direitos. No entanto, não demanda esforço sobrecomum à justificação de se acrescer ao rol, o direito à moradia, haja vista que se pode considerar espectro de concretização substancial ao exercício de uma vida digna, portanto substrato íntimo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Consoante doutrina Sarlet, os direitos fundamentais são fundamentados pelo princípio constitucional da dignidade humana (SARLET, 2006). Desse modo, a indisponibilidade de direito fundamental, inviabiliza a própria efetividade dessa garantia humana. Nessa esteira, urge o direito fundamental à moradia.

2.2 Direito fundamental à moradia

Até o presente momento se tem forjado uma trilha que se predispõe, mediante inspiração metodológica do neoconstitucionalismo, à análise crítica da *ratio decidendi* do RE n°. 407.688-8/SP no interesse evidenciar que sua natureza de precedente merece superação. Durante o caminho desta proposta não se pode furtar ao estudo do direito à moradia, não apenas pela sua natureza principiológica constitucional e sua precípua instrumentalidade à fruição do princípio da dignidade, mas, essencialmente, em consideração ao *locus* que acampa no embate argumentativo que se prenuncia.

Conforme sumariamente exposto alhures, o direito à moradia foi objeto material do texto da Emenda Constitucional n°. 26 em 14 de fevereiro de 2000. A atuação do constituinte derivado positivou, no art. 6º da Constituição Federal, o direito à moradia. Mesmo antes da recepção expressa, já era considerado por muitos doutrinadores, como também, em grande parcela jurisprudencial, princípio constitucional implícito.

O grande legado que o legislador constituinte registrou ao Direito brasileiro foi não apenas estabelecer positividade normativa à moradia, mas conferir *status* de ordem fundamental.

É irrefutável a íntima relação entre princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. A maioria dos doutrinadores que guarda relevante credibilidade da comunidade jurídica afirma que a própria razão dos direitos fundamentais decorre à dignidade humana. Portanto, o reclame constitucional à plena satisfatividade dos direitos fundamentais potencializa-se sob pena de desnaturar a essência do próprio Direito.

Necessário, por ora, colacionar uma ideia que melhor defina a concepção de norma em condição fundamental, a fim de se identificar, em relação à moradia, sua adequação a essa qualidade jurídica. Para tanto, filia-se ao conceito de Robert Alexy. A síntese de sua metodologia conceitual resume-se à análise de critérios que leva em consideração elementos substanciais e estruturais, puramente estruturais e formais.

Inspirado às lições de Carl Schmitt, Robert Alexy destaca, sob luzes do critério substancial e estrutural, que direitos fundamentais são aqueles que constituem o fundamento do próprio Estado, ou seja, à ótica de um Estado Liberal, direito fundamental é o dispositivo normativo que expressa a essência da liberdade.

O critério puramente estrutural promove ínsita relação entre direitos fundamentais e disposições constitucionais de garantias subjetivas. Decorre disso a vantagem de que apenas normas que garantam direitos subjetivos são consideradas normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2015).

Inobstante, o critério que se apresenta mais conveniente (em pese sua natureza obtusa) para basear o conceito de direito fundamental, além dos critérios substanciais e/ou estruturais, é a associá-lo a um critério formal, dito de outro modo, relativo à forma de sua positivação. Por conseguinte, direitos fundamentais podem ser considerados todas as disposições pelas quais a própria Constituição assim as defina. O *locus* em que o constituinte insere seus dispositivos evidencia sua essencialidade, ou seja, se a Constituição possui em sua estrutura um título nominado “Direitos Fundamentais” todas as disposições que o integram possuem natureza fundamental. Naturalmente esse critério é muito restrito, pois há outros dispositivos que, mesmo não contemplados dentro desse título, ou seja, esparsos em outros capítulos da Constituição, podem possuir qualidade jurídica fundamental: “disposições periféricas associadas” (FRIEDRICHE KLEIN *apud* ALEXY, 2015, p. 68).

Por derradeiro, direito fundamental pode ser delineado a partir da conjugação de critérios puramente estruturais e formais. Nesse prisma, são direitos fundamentais as disposições integradas ao título constitucional “Direitos Fundamentais”, sem prescindir

também, as disposições garantidoras de direitos individuais dispersas à Carta Magna (ALEXY, 2015). No entanto Alexy considera esse conceito uma forma provisória de definir direitos fundamentais, pois muito abstrato.

Em que pese isso, Alexy identifica espécies jurídicas distintas de direitos fundamentais. Portanto, ao que mais ínsito à monografia presente, a face social dos direitos fundamentais. Assim, principia seu entendimento da relação entre direitos fundamentais à natureza prestacional estatal, esta tendo o indivíduo como destinatário.

Afirma, então, que direitos de defesa são direitos a ações estatais negativas. Nesta condição, um direito fundamental é o instrumento de defesa a tutelar o indivíduo contra intervenções dos poderes Públicos. São abstenções do Estado. Esses direitos integram o *status* negativo em sentido amplo. Em contrapartida, os direitos de *status* positivo em sentido estrito, são direitos a ações estatais positivas. Direitos prestacionais do Estado.

Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direi-tos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garan-tam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmen-te intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. (...) esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado "direitos a prestações", mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo. (ALEXY, 2015, p. 433-434)

Por conseguinte, em sentido estrito, direitos à prestação são aqueles conferidos ao indivíduo em face do Estado. Em relação a “direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito” (ALEXY, 2015, p. 499).

Alexy considera que os direitos fundamentais sociais possuem distinções. Neste diapasão, os direitos fundamentais sociais podem ser diferenciados a partir de três critérios: pelo critério subjetivo ou objetivo (normas que garantam direitos subjetivos ou apenas obriguem o Estado de forma objetiva), pelo critério de regras ou princípios (normas que fundamentam regra ou princípio) e pelo critério vinculação (vinculantes ou não-vinculantes, nesse caso, enunciados programáticos). Combinando todos esses critérios evidenciam oito normas fundamentais sociais de estruturas diversas. Nesses casos, a proteção é potencializada quando presente um direito fundamental social subjetivo, regra (definitivo) e vinculante. Em

segunda ordem de proteção encontra-se um direito fundamental social subjetivo, princípio (*prima facie*) e vinculante. Ao passo que a intensidade de proteção é de última ordem, portanto mais fraca, quando diante de uma norma objetiva, princípio e não-vinculante. Ademais “um direito subjetivo definitivo vinculante é o direito a um mínimo existencial” (ALEXY, 2015, p. 502).

Assim, para se identificar quais direitos fundamentais sociais o indivíduo possui é questão de sopesamento entre princípio da liberdade fática, princípios formais da competência legislativa democraticamente legitimada, princípio da separação de poderes, princípios materiais atinentes, mormente, à liberdade jurídica de terceiros, direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2015). Destarte, ensina Alexy que, em relação aos direitos fundamentais sociais mínimos, dentre os quais, o direito à moradia, são considerados direitos prestacionais estatais a conferir uma condição a um mínimo existencial.

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. *Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.* (ALEXY, 2015, p. 512, grifo nosso).

Desse modo, conjugando as lições de Robert Alexy podemos inferir que direito fundamental é todo dispositivo Constitucional que expressa o fundamento do Estado, bem como garantias subjetivas que lhe impõe prestações negativas ou positivas, precipuamente os dispositivos que integram o título “Direitos Fundamentais”, sem, no entanto, excluir as “disposições periféricas associadas”. Não obstante, em relação aos direitos fundamentais sociais são espécies jurídicas fundamentais prestacionais positivas *stricto sensu*, neste caso, como exemplo, direito à moradia.

Nessa ordem, oferecendo concretude à identificação do direito à moradia na condição de direito fundamental social percebe-se que a Constituição Federal brasileira apresenta como fundamento republicano a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º da CF). Neste

sentido já foi vislumbrado que a dignidade é o fundamento dos direitos fundamentais. Assim, o direito à moradia possui inegável justificação à sua satisfatividade no princípio da dignidade humana. Conforme Alexy pontua, torna-se evidente que o direito à moradia atende ao requisito substancial e estrutural, pois o considera direito fundamental social mínimo, direito a um mínimo existencial (ALEXY, 2015). No que concerne ao requisito puramente estrutural o direito à moradia se apresenta, também, em conformidade a esse critério conceitual, vez que é instrumento normativo subjetivo. Não menos importante, seguidamente aos princípios fundamentais republicanos, sob a rubrica “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inserto no caput do art. 6º da CF, a positivação do direito à moradia. Essa condição positiva identifica que o direito à moradia atende, também, ao requisito formal, critério, segundo Alexy, mais conveniente para basear o conceito de direito fundamental.

Identificadas todas essas especificidades, destarte, não é mais possível refutar a consagração do direito à moradia ao *status* de direito fundamental social. Decorrente a isso, sua aplicação hermenêutica passa a ser cogente, pois a compreensão de uma norma na qualidade fundamental resulta vinculação na aplicação do Direito.

Além do mais, o direito à moradia não somente ostenta esse predicado fundamental, como também é a espécie normativa pela qual o nível de exigibilidade demanda máxima proteção face constituir-se, segundo lições de Alexy, em direito fundamental social da categoria subjetiva, definitiva e vinculante. Esse entendimento decorre mediatamente à conjugação dos apontamentos de Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pelos quais considera: a) que direito subjetivo definitivo vinculante é o direito a um mínimo existencial e b) o direito à moradia no rol de direitos a um mínimo existencial (ALEXY, 2015). Desse modo, norteados pelas premissas do jurista alemão, infere-se que o direito à moradia é de categoria subjetiva, definitiva e vinculante, pois é garantia a um mínimo existencial, portanto seu nível de exigibilidade jurídica é de primeira grandeza. Exsurge, então sua natureza de aplicação hermenêutica cogente. Assim, qualquer jurista que queira ser levado a sério não pode se furtar à estrita observância dessa metodologia, sob pena de o Direito não sobreviver a essa condição, desnaturando-se em sua essência, uma vez que a Justiça é valor indisponível em um Estado Constitucional Democrático.

Por óbvio que sua relativização legitima-se em ordem de ponderação face à norma fundamental de outra gênese que, na atividade pragmática, revele-se irradiadora, em maior dispersão espectral, do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, tal condição não é

liberatório à negação de que o direito à moradia é axioma jurídico que ostenta *status* de direito fundamental social.

2.3 Homestead: a origem do bem de família e sua natureza impenhorável

O direito fundamental social à moradia é um manto jurídico de proteção, ao indivíduo, à mínima condição existencial. Dito de outro modo, à fruição de uma vida digna. Para tanto, levanta-se como matéria de defesa contra ilegítimas imposições privadas ou públicas.

Nessa esteira, o direito à moradia é tutelado pelo ordenamento pátrio, precipuamente pela Lei n°. 8.009/90, conhecida como lei da impenhorabilidade do bem de família. Esta legislação possui como *mens legis* a proteção da dignidade da pessoa humana através da inviabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar como instrumento de penhora. Não obstante, a inviabilidade de o bem de família servir como objeto de expropriação em qualquer processo de obrigação pecuniária civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer natureza, desde que contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, ressalvadas, por óbvio, as exceções que a própria lei estabelece.

No entanto, a natureza desse instituto – em condições jurídicas de impenhorabilidade – ostenta suas origens do Direito americano, especificamente na República do Texas, mesmo antes de sua incorporação aos EUA (VILLAÇA, 2007).

Intitulado como *homestead*, o direito texano inovou na ordem jurídica estabelecendo a proteção do bem de família *ope legis*, em que pese no Direito americano o instituto principiar como uma “pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta” (VILLAÇA, 2007, p. 102).

As motivações para a proteção do bem de família se deram em consequência da grande crise americana entre os anos de 1837 a 1839. A falência do banco de Nova York, em maio de 1837, foi a propulsão avassaladora à economia na época. A solvabilidade da civilização minguou. Em face disso, os credores pulverizaram penhoras aos bens dos devedores, vez que a pretensão de auferir qualquer crédito era nula, praticamente.

Essa situação extremamente desfavorável à economia, atingindo, quase que irrestritamente, todas as famílias americanas, promoveu um levante democrático pressionando o governo à promulgação de diversas leis protetivas.

Nessa mesma época, segundo historiadores americanos, o Texas, na condição de República independente, recebia grande número de famílias americanas como imigrantes. Estas embaladas pelo sonho de reconquistarem o patrimônio destruído pela crise, vez que o Texas se apresentava um território de expectativas econômicas mais promissoras face ao perfil protetivo de seu governo. Esse governo militante à proteção dos indivíduos revelava-se, em materialidade, pela própria Constituição texana que, em 1836, já possibilitava a todo cidadão do Texas, exceção a negros africanos e seus descendentes, o direito a uma pequena porção de terra do Estado. Verdadeiro prenúncio à tutela ao direito à moradia. Esta ordem normativa registrou seu pioneirismo em 26 de janeiro de em 1839 com a promulgação da Lei do *Homestead* (*homestead exemption act*), estabelecendo a impenhorabilidade do bem de família.

Homestead é definido como “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme o estatuído na lei” (RUFUS WAPLES *apud* VILLAÇA, 2007, p. 102). Sua tradução ao vernáculo: local do lar (home = lar; stead = local).

Desse modo “esse diploma legislativo, principalmente, em vista fixar o homem a terra, objetivando o desenvolvimento de uma civilização, cujos cidadãos tivessem o mínimo necessário a uma vida decente e humana” (VILLAÇA, 2007, p. 105).

Decorre, então, uma rápida influência dessa nova ordem normativa aos demais territórios americanos.

Esse *homestead* estadual, após seu nascimento, em 1839, no Texas, é verdade, espalhou-se pelo território americano, implantando-se, no ano de 1849, em Vermont e Wisconsin; no de 1850, em Nova York e Michigan; no de 1851, em Indiana, Nova Jersey e Delaware e, no de 1864, em Nevada. Nestes Estados do Norte, mais necessitados do instituto, veio ele como remédio imediato, que, em seguida, foi sendo adotado no Sul, dados os nefastos efeitos da Guerra de Secessão causados àquele rico território, primeiramente, no ano de 1865, na Flórida e Virgínia, depois, no de 1868, em Arkansas e Alabama; no de 1870, no Mississipi e na Geórgia. (PAUL BUREAU *apud* VILLAÇA, 2007, p. 105).

Em se tratando às influências do *homestead* em demais países, os ventos do instituto jurídico se difundiram atingindo o Canadá em 1878 e o México em 1932. Em relação à Europa, apenas início do século XX como em França 1909, Portugal 1920 e Itália 1942. Em relação à América do Sul, Venezuela em 1904, Brasil em 1916 e Argentina, mais tarde, em 1954 (VILLAÇA, 2007).

No que concerne à legislação brasileira, a positividade da tutela ao bem de família decorre da promulgação do Código de Civil de 1916, após várias tentativas infrutíferas que a antecederam, como, por exemplo, em 1900 pelo Conselheiro Barradas, em 1903 pelo Deputado Francisco Malta e em 1910 pelo Ministro Esmeraldino Bandeira (VILLAÇA, 2007).

O projeto final de Clóvis Beviláqua não dispunha tal regulação. Entretanto, em vista à emenda apresentada pela Comissão Especial do Senado, a matéria foi positivada no art. 70, em seu *caput* e parágrafo único, com a redação seguinte:

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.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. (BRASIL, Lei n.º. 3.071, 1916, art. 70)

Entretanto, essa positividade pioneira conferiu natureza voluntária (ou convencional) ao bem de família, pois o chefe da entidade familiar era quem detinha competência para impor, a um imóvel determinado, essa qualidade específica.

Em 1939 o Código de Processo Civil, ao seu turno, já definia procedimentos para instituição voluntária do bem de família nos arts. 647 a 651, exigindo, à época, escrituração pública. Esta regulação vigeu até a promulgação da Lei dos Registros Públicos, Lei n.º. 6.015/73.

Em 1941, o Decreto-Lei n.º. 3.200 de 19 de abril positivou essa matéria em seu art. 19, limitando a cem contos de réis o valor máximo à instituição do bem de família. Posteriormente, a redação do art. 19 foi alterada pelas Leis n.º 2.514/55 e n.º 5.653/71 delimitando, respectivamente, ao valor de Cr\$1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) e a 500 (quinhentas) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. No entanto, em 6 de dezembro de 1979, essa limitação legal foi afastada pela Lei n.º. 6.742, viabilizando isenção à penhora de imóveis de qualquer monta.

Em se tratando de matéria constitucional, a Carta Magna de 1988 trouxe em sua redação original, art. 5º, inciso XXVI, a disposição seguinte:

a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento. (BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 5º, inc. XXVI)

Posteriormente, decorrente à promulgação da Lei n.º. 8.009/90, a determinação de bem de família tornou-se, subsidiariamente, involuntária, ou seja, o próprio Estado define, *ope*

legis, qual imóvel ostenta esse predicado face à inércia do proprietário. Esse instrumento normativo levanta-se à tutela do imóvel próprio do casal ou da entidade familiar. Mormente, residualmente aos bens não instituídos, voluntariamente, natureza familiar, quer seja pelo desconhecimento que a Lei dispõe ou insuficiências econômicas ao suporte de seus custos.

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

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. (BRASIL, Lei n.º 8.009, 1990, art. 1º)

Atualmente o bem de família de natureza voluntária é regulado, precipuamente, pelo Código Civil de 2002 nos artigos. 1.711 a 1.722.

Deste modo, para constituição de bem de família o ordenamento pátrio dispõe de naturezas jurídicas complementares, quais sejam, o bem de família voluntário ou convencional e o bem de família involuntário ou legal.

Nesse prisma, o bem de família voluntário ou convencional pode ser, assim constituído, pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, através de escrituração pública ou testamento, no limite do terço patrimonial líquido ao tempo da instituição.

Por derradeiro, o bem de família involuntário ou legal impõe a impenhorabilidade do imóvel residencial, subsidiariamente à instituição convencional. Sua constituição opera via mandamento legal, prescindindo uma série de formalidades como, por exemplo, a não exigibilidade de escritura pública e seu registro no Cartório Imobiliário.

3 NORMATIVIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Ao presente, insta o momento à convergência da normatividade contemporânea em relação a um específico bem de família, qual seja, do fiador (segundo as proposições desta monografia, expressão equivalente a bem de família do fiador obrigado em contrato de locação).

Deste modo se faz necessário, mesmo que *en passant*, a identificação dos principais institutos jurídicos que inferem conexão ao objeto teleológico da corrente pesquisa. Portanto, em vista as pontuações normativas já dispostas a cerca do bem de família em sentido *lato*, exsurtem especificidades, em relação ao bem de família do fiador, Lei n.º. 8.009/90, Lei n.º. 8.245/91, Emenda Constitucional n.º. 26 de 2000 e RE n.º. 407.688-8/SP. Por decorrência temporal, principia-se pela Lei da impenhorabilidade de bem de família.

3.1 Lei n.º. 8.009/90

Em 8 de março de 1990, através de atuação legiferante administrativa, foi promulgada a Medida Provisória n.º. 143, pelo, então presidente, José Sarney. Tal legislação foi convertida na Lei n.º. 8.009 em 29 de março de 1990 pelo Senado Federal.

Dispõe de um texto composto por oito artigos que regula a impenhorabilidade do bem de família involuntário, precipuamente pelo seu conceito legal e sua não-afetação através de exceções positivadas em seu art. 3º.

O conceito *ope legis* de bem de família conjuga-se pelos arts. 1º e 5º da Lei de impenhorabilidade. Segundo seu art. 1º o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, ao passo que, seu art. 5º dispõe ser considerado residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para permanente moradia.

Não obstante como o legislador recorreu ao termo residência sem qualquer distinção em espécie, a interpretação mais adequada, preservando sua *mens legis* à ampla satisfatividade de fruição a uma vida digna via impenhorabilidade de bem de família, deve ser considerada de natureza dúplice, ou seja, residência rural e urbana.

Desta feita, a Lei n.º. 8.009/90 intitula como bem de família o único imóvel residencial, urbano ou rural, destinado à moradia permanente do casal ou entidade familiar.

Além do mais, para os casos em que o casal ou entidade familiar possuir mais de um imóvel destinado à residência, a afetação de impenhorabilidade recairá àquele de menor valor, exceto se houver constituição de bem de família de modalidade voluntária.

Ressalta-se que, originariamente, a Lei n.º. 8.009/90 instituiu exceções de afetação, vez que, mediante redação de seu art. 3º, positivou seis condicionantes fáticas pelas quais se legitimam oposições à impenhorabilidade do bem de família, a saber: a) créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias (previsão revogada pela Lei Complementar n.º 150, de 2015); b) crédito decorrente do financiamento para construção ou aquisição do imóvel; c) crédito de pensão alimentícia; d) crédito tributário devido em função do imóvel familiar; e) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; e f) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Contudo, decorrente imposição legislativa conferida pelo art. 82 da Lei n.º 8.245 de 1991, foi acrescido, ao rol das exceções à impenhorabilidade, o bem de família do fiador, o que, se bem pensadas as coisas, amplia a solvência contratual às obrigações locatícias.

Haja vista os apontamentos supra é factível a percepção de que a Lei de impenhorabilidade avança de forma pioneira à regulação do bem de família, até então com dispositivos esparsos no ordenamento pátrio que se inclinavam, tão somente, à modalidade voluntária. Desse modo, tornou-se instituto jurídico “formalmente subsidiário” à modalidade de bem de família voluntário. Recorre-se à expressão entre aspas, pois materialmente de exceção tornou-se principal modalidade de bem de família em vista a inexpressiva instituição voluntária do bem de família.

Não se pode olvidar, ainda, que o texto da Lei n.º. 8.009/90 se expressa, mormente, como meio imediato à preservação do direito à moradia e, mediatamente, integra o *locus* de um dos feixes normativos convergentes à satisfatividade de uma condição digna de existência.

3.2 Lei n.º. 8.245/91

Conforme avançam as exposições da presente pesquisa principiam-se suas relações mais eminentes, tal o presente caso. Assim, a Lei n.º. 8.245/91 é de singular referência, pois alterou o rol original da Lei n.º. 8.009/90, causando enorme discussão doutrinária e

jurisprudencial, face à positivação da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Constituída por noventa artigos, dispõe sobre locação urbana residual aos contratos de arrendamento mercantil, bem como às locações: a) de imóveis de propriedade dos entes federativos, suas autarquias e fundações públicas; b) de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento; c) espaços destinados à publicidade; e d) de serviços de hotelaria em geral.

Em seu art. 37, *caput*, incisos e parágrafo único, dispôs a caução, fiança, seguro fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento como específicas modalidades de garantia, impondo, ainda, vedação à exigência, em um mesmo contrato locatício, de mais de uma modalidade de garantia, sob pena declarativa de nulidade.

A famosa Lei do inquilinato, segundo aponta o Advogado do Rio de Janeiro, Dr. Geraldo Beire Simões, foi decorrente de um trabalho encomendado pela Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis (ABADI) e pela Federação Nacional das Administradoras de Imóveis (FENADI). O trabalho, materializado no Projeto de Lei n°. 912/91, visava revogar a Lei n°. 6.649 de 16 de maio de 1979 no interesse de corrigir suas omissões e deficiências, precipuamente, a positivação da hipossuficiência do locatário que, de certa forma, tornou-se grande óbice à atividade de locação imobiliária. Satisfeitas essas pretensões, favoreceria o lastro de investimentos na área habitacional (SIMÕES, 2011).

Durante o processo de votação, nas duas casas, muitas emendas de alterações ao Projeto de Lei n°. 912/91 foram propostas. No entanto, ressalta-se a emenda n°. 10 de autoria do Senado Federal. Esta, por sua vez, se pretendia à supressão do art. 80 do Projeto – atualmente o famigerado art. 82 da lei n° 8.245/91 – que acrescentaria, ao rol das exceções à impenhorabilidade do bem de família, a obrigação fidejussória decorrente de fiança locatícia.

Contudo, Gilson Machado, Deputado e Relator da Comissão responsável à elaboração do Parecer sobre as emendas propostas pelo Senado Federal, foi devidamente assessorado pelos representantes da ABADI e FENADI. Nessa oportunidade, afim à rejeição da emenda n° 10, os representantes das associações das Administradoras Imobiliárias sustentaram que a Lei n°. 8.009/90, em que pese sua pretensão de tutela à fruição ao direito à moradia, tornou mais difícil a obtenção de garantias, pois a modalidade fidejussória minguou em eficiência com o advento da proteção do bem de família involuntário ou legal. Além disso, os contratos passaram à exigência que o fiador fosse proprietário de mais de um imóvel.

Diante desse cenário, o número de fianças profissionais (bancárias) havia crescido consideravelmente, promovendo prejuízos aos locatários, que, sem outras possibilidades, socorriam-se aos elevadíssimos contratos de garantias bancárias (SIMÕES, 2011).

Ao cabo a emenda n°. 10 foi rejeitada e a alteração disposta à Lei de impenhorabilidade, na qual, como se bem conhece, vige modificada pelo art. 82 da Lei n° 8.245/91.

Importante destacar, também, que a Lei do inquilinato conferiu maior equilíbrio à relação jurídica, posto que a condição presumível de hipossuficiência do locatário foi superada pela revogação da Lei n°. 6.649/79. Ademais, a dinâmica processual da relação locatícia valorou, notadamente, celeridade às pretensões, inclusive prescrevendo medidas liminares condicionadas a determinadas situações fáticas.

3.3 Emenda Constitucional n°. 26 de 2000

A Constituição representa a essencialidade de um ordenamento jurídico. Ela é o instrumento que pulveriza validade ao sistema normativo, integrando, em especificidade, a plêiade de suas disposições como seu elemento vital. No entanto, divorciando-se a esse recurso deveras abstrato, pode se socorrer às dimensões que oferecem – sob prismas conceituais distintos, quais sejam, dimensão sociológica, política, material, formal ou jurídica – uma substancial materialidade à definição dessa espécie normativa.

Decorrente a isso, a Constituição, sob concepção sociológica, identifica-se legítima quando representante das forças sociais que constituem o poder, ou seja, o conjunto dos fatores do poder dentro de uma sociedade. Ao passo que, sob ótica política, é um produto de decisão do titular poder constituinte. Não obstante, pelo viés material é norma que regula os alicerces fundamentais do Estado, como sua forma, regime e sistema. Assim em relação à perspectiva material adota-se o critério do conteúdo normativo, pouco importando sua forma. Por outro lado, prescindindo do conteúdo à forma pela qual a norma foi introduzida no ordenamento jurídico, a Constituição é aquela produzida pelo poder soberano de ritualística mais solene, burocrática e dificultosa. Além do mais a Constituição pode se firmar através de uma percepção puramente jurídica, na qual, a insere “no mundo do dever ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais” (KELSEN *apud* LENZA, 2012, p. 75). Assim assume a condição de norma fundamental

suprema (sentido jurídico-positivo), bem como fundamento transcendental de sua própria validade positiva (sentido lógico-jurídico).

No entanto, não se poderia incorrer ao erro de se olvidar uma percepção constitucional sob o esteio da hermenêutica jurídica, dada a importância que esse instituto jusfilosófico se revela à presente monografia. Nessa esteira, pode-se seguramente afirmar, que, na contemporaneidade, é inegável o poder prescritivo de primeira ordem que a Constituição ostenta. Sob luzes do neoconstitucionalismo, esse poder é a vertente máxima da validade normativa do ordenamento jurídico, esquadrinhando, portanto, o sentido de aplicação das regras que o integram.

Nesse diapasão as normas da Constituição são as expressões dessa força-poder. Estas dimensionam cada feixe normativo no sentido da validade de aplicação. Quando se tratam de normas ditas fundamentais, não apenas dimensionam seu feixe no sentido da validade de aplicação, mas, precipuamente, constituem conteúdo ao mínimo existencial para a fruição de uma vida digna, instituto jurídico que viabiliza, portanto, o princípio de maior relevância constitucional, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa exata medida, negar satisfatividade a qualquer um dos feixes normativos fundamentais, mediatamente, impõe violação à dignidade, vez que não se perfaz o mínimo existencial à condição humana digna.

Tomando em conta os pressupostos supra, a Emenda Constitucional n.º. 26 de 14 de fevereiro de 2000 positivou, no artigo 6º da Constituição Federal brasileira, o direito fundamental social à moradia (vide capítulo 2.2). Decorre a isso duas consequências de plano: a) superação da resiliência doutrinária à concepção constitucional implícita do direito fundamental social à moradia e b) a prescritividade do feixe normativo fundamental no sentido da validade de aplicação às regras concernentes à moradia, sob pena de violação, mediatamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana quando lhe é negada satisfatividade.

Por derradeiro, ao se tratar de aplicação normativa exsurge – como relevância de potencial singularidade – a atividade judicial, exercício que, por vezes, revela-se tão caro ao próprio Direito. Nesse esteio, à revelia das instrumentalidades constitucionais dispostas à aplicabilidade normativa, substancialmente com o advento da Emenda Constitucional n.º. 26 e a positivação do direito à moradia, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal apresentou-

se vacilante em litígios decorrentes a penhora do bem de família do fiador. Consideravelmente, ao que concerne o paradigmático julgamento do RE n.º. 407.688-8/SP.

3.4 Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP

A legislação imobiliária brasileira reverberou significativo caos doutrinário e jurisprudencial, principalmente em relação à disposição do inciso VII, art. 3º da Lei n.º. 8.009/90. O contencioso ínsito à viabilidade constitucional da penhora do bem do fiador se tornou recorrente, portanto. Essa litigiosidade ordinária foi tão significativa que a demanda chegou ao STF pelos Recursos Extraordinários n.º. 352.940 e 449.657 no ano de 2005. Nesses dois recursos, o Ministro Carlos Velloso, monocraticamente, entendeu pela inconstitucionalidade da matéria tomando em conta a nova redação do art. 6º da Constituição Federal.

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 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 E.C. 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a E.C. 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. (Velloso, RE 352.940 SP, 2005)

No entanto, a matéria foi submetida ao plenário do STF que, em 2006, alterou seu entendimento. Em um processo expropriativo no Estado de São Paulo um fiador, inconformado com a decisão paulista em denegar liberação do seu bem de família, interpôs recurso de agravo de instrumento, contudo a decisão agravada foi mantida pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil. Inexitoso o pleito recursal, houve interposição do Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP. Nesta oportunidade, à contramão de seus precedentes, a Suprema Corte brasileira firmou jurisprudência que a penhora de bem de família do fiador não viola o art. 6º da Constituição Federal.

O julgamento paradigmático data de 8 de fevereiro de 2006 e teve, como Relator, o Ministro Cezar Peluso. O plenário do STF foi composto, além do Relator, pelos Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Graus, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa,

Marco Aurélio, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. A tese do Ministro Cezar Peluso saiu vencedora. Contrários, apenas, os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Eros Graus.

Muito embora o julgamento se convole em controle de constitucionalidade de natureza incidental, a jurisdição nacional tem aderido fielmente à decisão do STF, recusando o enfrentamento de novas teses ventiladas em promoção à impenhorabilidade do bem de família do fiador.

3.5 A aderência jurisprudencial às razões determinantes do Recurso Extraordinário n.º 407.688-8/SP

Conforme exposto alhures, as razões determinantes do RE n.º 407.688-8/SP resolveram o mérito recursal em sede incidental de controle de constitucionalidade. No entanto, em que pese este acórdão não possuir natureza vinculante à solução de méritos equivalentes, o ativismo judicial pátrio tem reiterado esse entendimento, socorrendo-se aos seus fundamentos pelo “método de adesão”, desonerando-se ao enfrentamento das teses favoráveis à impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Esta aderência jurisprudencial confere sentido a expressões doutrinárias clássicas como “força gravitacional” (Dworkin, 1999, p. XII-XIII) e “sentido comum teórico” (WARAT apud STECK, 1999).

A exemplo dessa reverberação jurisprudencial registra-se que, em 13/8/2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da matéria em sede de Repercussão Geral através do RE n.º 612.360/SP de relatoria da Min. Ellen Gracie que (apenas) reivindicou as motivações do RE n.º 407.688-8/SP e demais acórdãos da Corte Suprema.

Inobstante isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se inclinado a idêntico ativismo judicial, pois se instrumentaliza à *ratio decidendi* do acórdão paradigmático.

Nesse sentir, destaca-se o Recurso Especial n.º 1.363.368/MS processado em 12/11/2014 face à multiplicidade de recursos de idêntica matéria, inclusive com oportunidade de manifestação, entre outras instituições, à ABADI.

O enunciado do voto do Min. Luis Felipe Salomão decorre de transcrições jurisprudenciais que reiteram a tese, até então, “vigente”. Sua apreciação à demanda jurisdicional resumiu-se a apontamentos de precedentes do STJ e, precipuamente, às motivações do RE n.º 407.688-8/SP.

Contudo, como antes afirmado, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido da constitucionalidade do dispositivo impugnado. De fato, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 407.688, em 8/2/2006, assentou a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação dada pela Lei n. 8.245/1991, em face do artigo 6º da Constituição Federal, que consagra o direito à moradia a partir da edição da Emenda Constitucional n. 26/2000.

(...).

Posteriormente, em 13/8/2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 3º da Lei 8009/1990, na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) n. 612.360/SP, advindo da discussão do RE n. 407.688. (SALOMÃO, 2014, p. 13)

Por derradeiro, registra-se o enunciado da Súmula do STJ nº 549: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 549, 14/10/2015).

O enunciado sumulado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça subsidiou-se pelos precedentes seguintes: Recurso Especial nº. 1.363.368/MS; Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.088.962/DF; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 624.111/SP; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 160.852/SP; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 31.070/SP e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1.181.586/PR.

Em análise aos precedentes em tela, de algum modo ou de outro, vislumbra-se o mesmo procedimento de aderência jurisprudencial, pois substancialmente invocam as razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP, ou seja, atividade judicial *standard* para solução de méritos equivalentes.

Portanto, em face desse ativismo jurídico mecanizado e acrítico, o RE nº. 407.688-8/SP tem “outorgado” eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à jurisdição em seus níveis ordinários de competência, bem como às de superposição, adquirindo natureza de precedente jurídico.

Considerando isso, urge a superação desse entendimento, vez que não encerra, como precedente, intangibilidade à perspectiva jurídica mais adequada fundamentada à carga condicionante e cogente disposta pela principiologia constitucional, sob amparo das premissas do neoconstitucionalismo, para aplicação do Direito.

4 RE N.º. 407.688-8/SP: UM ENSAIO À SUPERAÇÃO DE SUAS RAZÕES DETERMINANTES

4.1 RE n.º. 407.688-8/SP: suas razões determinantes

Ao presente, chegada a hora em que se avança ao objeto principal da pesquisa. Portanto, a apresentação das razões determinantes do RE n.º. 407.688-8/SP se faz necessária para, ao final, dedicar-se a crítica do julgado, não somente esvaziando toda a estruturação de seus argumentos, mas, também, pontuando evidências do favorecimento ao direito de crédito em detrimento ao próprio direito de moradia.

Decorrente a isso, demonstrar que a superação desse entendimento é urgente na medida em que, pela teoria do neoconstitucionalismo, a aplicação válida do Direito é fruto da irradiação dos direitos fundamentais às regras que os concretizam. Para tanto, os direitos fundamentais exsurgem como fonte de dispersão do sentido de interpretação válida para todas suas regras de concretização, ou seja, determinam a modulação do eixo de interpretação legitimada à luz Constitucional. Nesse sentido, toda aplicação do direito alheio a essa interpretação válida torna-se inconstitucional. Não obstante o direito fundamental à moradia expressa, também, sua fonte de dispersão do sentido de interpretação válida às suas específicas regras concretizadoras, como por exemplo, a Lei n.º. 8.009/90.

Sob esse aspecto, desestruturadas todas as condicionantes das razões determinantes do RE n.º. 407.688-8/SP e pontuando tênues evidências de que há favorecimento ao direito de crédito em detrimento do direito à moradia, se tornará certo que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador está deslocada do eixo de interpretação e aplicação válida, portanto, inconstitucional. Nesse esteio, inicia-se pela apresentação das razões determinantes.

As razões determinantes do RE 407.688-8/SP são constituídas dos argumentos que condicionaram a solução do mérito recursal, ou seja, o compêndio das motivações arguidas pelos Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

Decorrente à análise pormenorizada do RE n.º. 407.688-8/SP suas razões determinantes estruturam-se a partir de cada substrato nuclear que lhes integra, quais sejam: *a)* prevalência ao direito fundamental de liberdade em detrimento à moradia; *b)* o direito à moradia não se resume ao direito à propriedade, portanto sua tutela é ampla; *c)* há violação

constitucional apenas nos casos em que ocorra a execução do bem de família quando existentes outras medidas de obtenção de crédito; *d*) a norma pode, sem prejuízos de outras alternativas do Estado, incrementar a oferta de imóveis mediante uma garantia eficaz, portanto a possibilidade de penhora do bem de família do fiador; *e*) a penhora do bem de família do fiador viabiliza a locação, portanto sua inviabilidade promove retração ao investimento imobiliário; e *f*) a inviabilidade da penhora do bem de família do fiador impulsiona o inquilino à garantia bancária (modalidade de garantia mais onerosa) ou impossibilita a efetivação da moradia àqueles sem capacidade econômica de suportar as custas dessa garantia.

Nesse prisma, $a + b + c + d + e + f$ constituem as razões determinantes para a solução do mérito recursal (*smr*), sendo que *smr* é o entendimento do STF em favor à constitucionalidade do inciso VII, art. 3º da Lei nº. 8.009/90.

Dessa maneira, no interesse de conferir maior pragmatismo à exposição das razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP, as motivações de cada magistrado serão classificadas mediante suas variantes específicas. Tal condição vai revelar o conteúdo de integração de cada uma das razões determinantes. Assim, possível até mensurar a força de fundamentação que cada uma expressa a partir de sua constituição. Por exemplo, para o caso de uma espécie constituir-se de apenas um dos elementos (ex: *a*), mais fraca, portanto, e menor será seu potencial de força de fundamentação à *smr* quando comparada àquela integrada por mais elementos (ex: $a + b + c$).

Sob essa esteira metodológica, passa-se à apresentação das razões determinantes de cada magistrado que franqueou à *smr*. A ordem disposta segue o critério crescente da força de fundamentação.

Decorrente ao que tudo exposto, o Ministro Joaquim Barbosa inferiu que o mérito recursal do RE nº. 407.688-8/SP é um disputa de direitos fundamentais: direito à moradia x direito à liberdade.

(...) direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade. (BARBOSA, 2006, p. 897)

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. (BARBOSA, 2006, p. 900)

Estrutura-se, então, a razão determinante imposta pelo Ministro Joaquim Barbosa pela seguinte fórmula: $smr = a$.

Nesse esteio, o Ministro Marco Aurélio com sumária exposição de sua razão determinante entendeu que o direito à moradia é viabilizado não apenas pelo exercício da propriedade, vez que também lhe é assegurado por relações jurídicas diversas e, assim, o direito constitucional à moradia não torna intangível o direito à propriedade, portanto, não confere sua proteção.

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. (AURÉLIO, 2006, p. 908 – 909)

Assim, a razão determinante do Ministro Marco Aurélio conjuga-se pela seguinte fórmula: $smr = b$.

Por conseguinte, tomando em consideração que viabilizar a atividade locatícia é, via reflexa, concretizar o direito fundamental à moradia, o Ministro Sepúlveda Pertence aduz sua razão determinante à linha do Ministro Relator. Entende que a efetivação à moradia não compete apenas ao Estado, espectro da prestação positiva estatal, mas também em relação à eficácia horizontal decorrente às relações jurídicas privadas.

(...) creio não tratar-se aqui de ceder a imperativos do mercado, mas de ter em conta a realidade circundante da questão constitucional. A alternativa à “fiação” eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante arrendamento do imóvel residencial. (PERTENCE, 2006, p. 923)

Nesses termos, a razão determinante do Ministro Sepúlveda Pertence se perfaz pela fórmula: $smr = f$.

Não muito distinta, porém pouco mais desenvolvida, é a construção do voto do Ministro Nelson Jobim, pois também vincula sua razão determinante à categoria *f*. Afirma, para tanto, que a castração da penhora do bem de família do fiador promove consequência dúplice. A uma, aumentam-se os custos da locação aos sujeitos com capacidade econômica a suportar a fiança bancária. A duas, elimina a possibilidade de locação a uma série de sujeitos necessitados sem capacidade econômica a suportar a fiança bancária.

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, 2006, p. 924)

Ou seja, o Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e aberturas de moradias a todos. (JOBIM, 2006, p. 925)

Por conseguinte, a razão determinante do Ministro Nelson Jobim decorre da fórmula:

$smr = f.$

Haja vista que os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie socorrem-se, em reduzidas linhas, ao artifício de adesão aos fundamentos do Ministro Relator sem qualquer inovação argumentativa, por oportuno, passa-se a apresentação das razões determinantes do Ministro Cezar Peluso, que, diga-se *en passant*, conjugam-se de quase todos os elementos integrantes à *smr* dos demais julgadores.

Destarte, sustenta o Ministro Relator que o direito à moradia, como expressão de um direito social, não se perfaz pelo exercício da propriedade.

(...) pois sustento que o direito à moradia, como direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito de moradia é direito que deve ser reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia. Ora o Estado não pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos. (PELUSO, 2006, p. 893-894)

Portanto, tendo em vista que o direito à moradia é amplo, não se restringindo ao direito de propriedade imobiliária, a tutela que o art. 6º da Constituição Federal abarca é no sentido mais *lato* da norma, ou seja, estende-se até mesmo aos sujeitos ditos “despossuídos”. Nesse limiar a viabilidade de penhora do bem de família do fiador garante outra expressão da tutela à moradia: seu acesso através do mercado locatício. Assim, segundo o Ministro Relator, o fato do direito à moradia possuir várias dimensões e, portanto, não restrito à propriedade imobiliária, é concebível a expropriação de bem de família.

Visualiza-se, assim, a primeira dimensão das razões determinantes do Ministro Relator: $smr^1 = b.$

Além do mais, o Ministro Relator Cezar Peluso sustentou, também, que é razoável se considerar violado o art. 6º da CF para os casos que existam outros meios de satisfação de

crédito. Sendo assim, a penhora do bem de família é recurso de *ultima ratio*. Esse é o caráter jurídico negativo que impõe restrição a terceiros violar o direito subjetivo do fiador quando disponíveis outros meios de satisfação creditícia.

Daí, só poder conceber acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra ostil ao art. 6º da Constituição da República, em “*havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito*”, porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não incidiria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie* concreta) é que se lhe não afeiçoaria ao modelo normativo (*fattispecie* abstrata). (PELUSO, 2006, p. 885-886, grifo do autor)

Portanto a segunda dimensão das razões determinantes do Ministro Relator, qual seja, $smr^2 = c$.

Ademais decorre, de suas afirmações, que o direito à moradia se expressa por condição dupla. Como condição subjetiva integra o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que sua condição objetiva impõe, através das regras, prestação estatal a sua satisfatividade. Contudo, o Estado dispõe de maneiras diversas para promoção a essa satisfatividade. Desse modo, mediante atuação legiferante ordinária, favorece o incremento da oferta de imóveis, através da penhorabilidade de bem de família do fiador.

A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “*independentemente de sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas*”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados “*direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos*”.

Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. (PELUSO, 2006, p. 883, grifo do autor)

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 uma norma jurídica que estimule ou favorece o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante provisão de reforço das garantias contratuais dos locadores. (PELUSO, 2006, p. 884-885)

Entendimento, esse, expressado pela fórmula: $smr^3 = d$.

Em relação ao substrato *e*, discorre, ainda, que o maior óbice à viabilidade econômica que o mercado de locação predial enfrenta recai sobre a solvabilidade contratual locatícia. Nesse prisma, a possibilidade conferida pelo inc. VII, art. 3º da Lei nº. 8.009/90

corrige essa deficiência, pois como a garantia fidejussória estende-se ao bem de família do fiador, amplia o espectro de satisfatividade do direito social à moradia.

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas. (PELUSO, 2006, p. 885)

Decorrente a isso: $smr^4 = e$.

Além do mais, visualiza o Ministro Relator que a possibilidade de excutir bem de família do fiador em processo de execução com vistas à satisfação de débito de origem contratual locatícia é meio de proteção do direito de moradia e, frisa-se, não direito de crédito.

(...) a expropriabilidade do bem do fiador tendo, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito, como porque, como bem observou JOSÉ EDUARDO FARIA, “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”. (PELUSO, 2006, p. 886-887, grifo do autor)

Por derradeiro, o Relator Cezar Peluso, impugnando as arguições do Ministro Carlos Britto, declara que o fiador viola o sistema jurídico ao se escusar às responsabilidades inerentes à garantia celebrada em contrato locatício: “(...) ele é um fraudador: declara que pode garantir, mas, na verdade, não pode, pois não tem nada para garantir!” (PELUSO, 2006, p. 902). Tal posicionamento, alinhado à ideia de que o dano causado pela expropriação de bem de família do fiador é menor se comparado à míngua do acesso à moradia, corrobora, também, à integração da razão determinante f .

“Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana – o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia. (PELUSO, 2006, p. 887)

Nessa senda, visualiza-se a expressão $smr^5 = f$.

Isto posto, as razões determinantes do Ministro Relator Cezar Peluso se perfazem pela conjugação dos seguintes substratos nucleares $smr = smr^1 + smr^2 + smr^3 + smr^4 + smr^5$.

Por derradeiro pode se socorrer a uma tabela-resumo das razões determinantes de cada Ministro favorável à *smr*, ou seja, à solução do mérito recursal no sentido de que o inciso VII, art. 3º da Lei nº. 8.009/90 não viola o art. 6º da Constituição Federal.

Tabela 1 – Resumo das razões determinantes favoráveis à solução do mérito recursal (*smr*)

Ministros	Razões determinantes					
	a	b	c	d	e	f
J. Barbosa	X					
M. Aurélio		X				
S. Pertence						X
N. Jobim						X
C. Peluso		X	X	X	X	X
* E. Gracie		X	X	X	X	X
* G. Mendes		X	X	X	X	X
* <i>Ministros que apenas acompanharam o relator sem inovar à fundamentação</i>						

Torna-se notório, então (em que pese os particulares recursos linguísticos de cada Ministro favorável à *smr*) que as razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP, em sentido *lato*, resumem-se à tese ventilada pelo Ministro Relator Cezar Peluso.

Não obstante isso, é certo que, engendrada uma perspectiva crítica satisfatória a cada dimensão das razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP, no interesse de iluminar que o sentido da interpretação jurídica está fora do seu eixo de validade constitucional, promoverá o esvaziamento da *smr*. Portanto, decorre à análise de cada estruturante específica.

4.2 RE nº. 407.688-8/SP: um ensaio à superação de suas razões determinantes

A aplicação hermenêutica inerente à litigiosidade expropriativa do bem de família do fiador é forjada, até o tempo presente, pelas razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP. Para tanto, tornaram-se as condicionantes da solução jurisdicional a casos equivalentes. No entanto, esse exercício jurisdicional, em espécie, tem se apresentado mecanizado vez que se vincula acriticamente ao precedente, reduzindo à Jurisdição a simples sujeição a filosófica, revelando, por sua vez, sentido a expressões como “força gravitacional” (Dworkin, 1999, p. XII-XIII) e “sentido comum teórico” (WARAT *apud* STECK, 1999).

Não se trata aqui de negar ao dogmatismo jurídico suas utilidades. Entretanto, evidenciar que as razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP merecem superação, mormente porque o Direito contemporâneo sustenta-se pelas premissas do neoconstitucionalismo. Esta teoria moderna impõe validade à interpretação jurídica na exata

medida em que é instrumentalizada sob luzes valorativas institucionalizadas à Magna Carta. Deste modo, devem ser preservadas, na aplicação do direito, a principiologia disposta pela Constituição Federal, precipuamente, tomando em consideração, a funcionalidade integrativa que cada dimensão fundamental expressa à concretização da dignidade da pessoa humana.

Inobstante, a teoria do neoconstitucionalismo legitima o poder prescritivo às normas constitucionais e as identifica, também, como fonte máxima da validade do sistema jurídico. Essa fonte de dispersão de validade confere o sentido de aplicação a todas as normas do ordenamento infraconstitucional. Assim, as normas constitucionais dimensionam cada feixe de dispersão no sentido da validade de aplicação. Entretanto, quando se tratam de normas fundamentais, não apenas dimensionam seu feixe no sentido de uma interpretação válida, mas, principalmente, conferem conteúdo ao mínimo existencial à fruição de uma vida digna, ou seja, viabiliza o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, quando negada aplicação de uma regra ou conferida de forma divorciada ao sentido de validade conferido por determinada norma fundamental é, via reflexa, violação da dignidade vez que impede ou desnatura a satisfatividade ao mínimo existencial à condição humana. Nesse esteio a exceção positivada pelo inciso VII, art. 3º da Lei nº. 8.009/90.

É inegável a íntima relação entre essa regra e o direito fundamental social de moradia. Este, por sua vez, instituto jurídico que concretiza uma das dimensões do mínimo existencial. Portanto, o direito à moradia, como expressão de direito fundamental, constitui-se em fonte de dispersão do sentido de interpretação válida.

Negar sua função integrativa às regras do sistema jurídico a fim de conferir o sentido de validade é, portanto, indisponibilizar a concretização do mínimo existencial, instituto jurídico que integra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Sob esse prisma impositivo de ideias convergem-se críticas às razões determinantes do RE nº. 407.688-8/SP.

4.2.1 Prevalência ao direito fundamental de liberdade em detrimento à moradia

Sustentar que o direito fundamental de liberdade pretere o direito fundamental à moradia a ponto de viabilizar a penhora de bem de família é uma arguição superficial que, submetida a relevantes e necessários apontamentos, perde seu valor de convencimento.

Primeiro, há voluntariedade subjetiva suficiente para celebração do contrato de fiança, ou seja, a disposição da liberdade é substancialmente plena? Segundo, há mínimo

conhecimento técnico do fiador em relação aos efeitos obrigacionais inerentes à fiança e, principalmente, a penhorabilidade que afeta seu bem de família? Por fim, considerando possível o pleno exercício da liberdade do fiador na celebração do contrato de fiança, bem como mínimo conhecimento técnico aos efeitos jurídicos decorrentes, seu ato de vontade abrange o *animus* de disposição do seu bem de família ou apenas tímida parcela do seu patrimônio?

Em relação à questão da voluntariedade do ato contratual, pode-se afirmar que todas as avenças (nesse sentido, pactuadas) estão carregadas de uma forma de “*obligationis naturalis*”, porque é regular a presença de pais, parentes mais próximos, namorados e amigos como sujeito figurantes na condição de fiador. A relação de intimidade se faz presente em todos os contratos de fiança, pois é incomum ao indivíduo, por mais eminente altruísta que seja, obrigar-se a quem não guarde nível razoável de íntima proximidade. Assim a expressão de voluntariedade não é absoluta, pois – considerados os sentimentos imensuráveis que pais ostentam a seus filhos, por exemplo – difícil creditar verossimilhança à negativa de concessão à fiança para um filho face à imposição da “*obligationis naturalis*”. Portanto, pode se considerar que não há pleno exercício de voluntariedade à celebração da garantia fidejussória.

Não obstante, é sem sentido negar que muitas vezes o candidato a fiador quiçá possui conhecimento suficientemente satisfatório para identificar todos os efeitos da relação jurídica decorrente à garantia de fiança. Identificar que a avença confere poderes ao credor, para, em processo expropriativo, afetar patrimônio à satisfação creditícia e, sendo este insuficiente, impor penhora de bem de família no interesse de saldar crédito residual, merece conhecimento minimamente técnico.

Por fim, considerando uma fiança originada em exercício pleno de liberdade por fiador que detenha mínimo conhecimento técnico aos seus efeitos inerentes, é inimaginável que alguém disporia seu próprio bem de família para saldar dívida locatícia. Por óbvio que o *animus* de disposição não contempla às últimas consequências patrimoniais e, se realmente existisse referido *animus*, este não afetaria bem de família.

Desse modo, é falacioso afirmar que a fiança seria pactuada mesmo tendo o fiador a certeza que seu bem de família sofreria os efeitos da penhora, pois os óbices a disposições altruístas são em maior grau quando há comprometimento da própria subsistência. É intuitivo, então, que o fiador não é um “falso garantidor”, ou seja, aquele que celebra contrato de fiança com a intenção de esquivar-se das obrigações inerentes. Em verdade, ao fiador o ônus de

garantir os riscos contratuais da locação é hipótese remotíssima e, em relação ao seu bem de família, quiçá existe. Nesse sentido, impor *status* de fraudador àquele que não honra com sua obrigação de garantia é incorrer ao mesmo e grosseiro erro do Ministro Cezar Peluzo, ou seja, permitir-se guiar pela emoção, pressupondo má-fé.

Portanto, a razão determinante de que o direito fundamental de liberdade deve prevalecer sobre o direito à moradia não é suficiente a ponto de conferir legitimidade à penhora do bem de família do fiador, pois a liberdade é, de certa monta, relativizada na exata medida em que se considera a relação de afetividade entre fiador e afiançado. Ademais o desconhecimento técnico ordinário dos candidatos a fiador, bem como o razoável entendimento de que a garantia da obrigação de terceiro não está afeta – ao menos na consciência do fiador – ao seu bem de família, alinham-se perfeitamente a esse pensar.

4.2.2 O direito à moradia não se resume ao direito à propriedade, portanto sua tutela é ampla

O fato pelo qual o direito à moradia não se resume ao direito à propriedade não torna, *per si*, mera liberalidade sua violação. Como já exposto alhures, o direito à moradia é um direito fundamental e, como tal, atua como feixe normativo no sentido da interpretação válida. Dessa forma, suas concretizações são legítimas quando expressam o valor constitucional da norma fundamental. Inegável que apesar de o direito à moradia não se resumir ao direito à propriedade, não deixa, por outro lado, de ser uma modalidade de efetivação. A propriedade é a modalidade por excelência de satisfação da moradia.

Por conseguinte, sustentar que o direito à propriedade é tangível pela penhora do bem de família é, via reflexa, violar o sentido da interpretação válida que a norma fundamental à moradia confere. Ao seu turno, a integração valorativa que uma regra possui é seu potencial de validade jurídica e, portanto, não permite uma aplicação estranha a essa condição, sob pena de inviabilizá-la juridicamente.

Nesse esteio a exceção dada pela redação do inciso VII, art. 3º da Lei 8.009/90 jaz inviabilizada, pois sua aplicação é divorciada ao sentido da interpretação válida disposta pelo direito fundamental social de moradia.

4.2.3 Há violação constitucional apenas aos casos em que ocorra execução de bem de família quando existentes outras medidas de obtenção de crédito

No que concerne ao reconhecimento de violação constitucional apenas aos casos em que ocorra execução de bem de família quando existam outras medidas de obtenção de crédito, não é, *per si*, satisfatório para viabilizar a exceção do inciso VII, art. 3º da Lei 8.009/90. Pode-se afirmar isso, pois não possui a capacidade de afastar a ideia de que o direito fundamental à moradia irradia sentido à interpretação válida das regras que o concretizam. Destarte a interpretação à revelia desse fundamento inviabiliza uma das dimensões do mínimo existencial para a fruição de uma vida digna.

Portanto, a viabilidade de penhora de bem de família, mesmo em *ultima ratio* à satisfação creditícia, impõe violação constitucional, na exata medida que nega concretização, não somente ao direito de moradia, mas também, via reflexa, ao próprio princípio da dignidade humana expresso pela viabilidade ao mínimo existencial.

4.2.4 A norma pode, sem prejuízos de outras alternativas do Estado, incrementar a oferta de imóveis mediante uma garantia eficaz, portanto a possibilidade de penhora do bem de família do fiador

Considerar que a norma pode, sem prejuízo de outras alternativas do Estado, incrementar a oferta de imóveis mediante uma garantia eficaz não, necessariamente, é liberatório para violação de direito fundamental.

Não se pode olvidar que garantia eficaz não é aquela que confere poderes ilimitados ao credor para a satisfatividade de crédito locatício. A garantia é eficaz na medida em que permita concretizar, moderadamente, o fim a que se destina, sem, no entanto, dispensar ao fiador e toda sua família os martírios decorrentes da expropriação de seu único bem imóvel.

4.2.5 A penhora do bem de família do fiador viabiliza a locação, portanto sua inviabilidade promove retração ao investimento imobiliário

Negar que a penhora do bem de família oferece maior garantia creditícia soaria desarrazoado. Contudo, em que pese a fiança ser a modalidade de garantia mais empregada aos contratos (SECOVI-SP, 2016), a própria lei do inquilinato positiva outras que atendem em suficiência o mesmo objetivo, tal qual a caução por bem móvel, instituto de garantia fidejussória mais eficiente que a própria fiança (VENOSA, 2003). Assim se torna falaciosa a

menção de que a fiança é instrumento de viabilidade à moradia como se fosse, por excelência, única modalidade de garantia que o ordenamento pátrio dispõe. Sem considerar, ainda, os percentuais significativos de contratos locatícios firmados, sem intervenção das administradoras imobiliárias, que, muitas vezes, não exigem qualquer modalidade de garantia ou, quando exigem, são firmadas por modalidades distintas da fiança.

Ocorre, em verdade, que as administradoras de imóveis, face sua posição de superioridade contratual, impõe a modalidade de fiança ao locatário, vez que oferece maior satisfatividade creditícia diante à possibilidade de excussão de (até mesmo) bem de família em processo executivo. Por óbvio que os índices de preferência a esta modalidade são relevantíssimos, contudo são preferenciais às administradoras aos fiadores que, na grande maioria das vezes, quiçá possuem capacidade minimamente técnica para conhecer o espectro obrigacional afeto ao seu patrimônio.

Tomando em consideração o principal ator do mercado imobiliário, qual seja, as administradoras imobiliárias, a suposta retração do mercado não se corrige pela viabilidade de penhora do bem de família, pois até que ponto se admite, juridicamente, ingressar ao patrimônio do fiador para satisfação creditícia?

A atividade empresária possui seus riscos inerentes. Os riscos são sopesados pelo volume dos lucros auferidos pela operacionalidade econômica desempenhada, que, por óbvio, não é nada pífilo. A transferência, mesmo que parcialmente, dos riscos do empreendimento ao fiador não possui amparo jurídico.

A relação contratual para os casos em análise se perfazem pelos seguintes atores: administradora de imóveis; locatário e fiador. Esta relação é típica modalidade contratual não isonômica, pois a pessoa jurídica de direito privado figura em superposição ao locador e fiador à medida que detém poder regulatório de toda matéria avençada.

Isso é evidente não apenas pela modalidade de adesão contratual para perfectibilização do negócio jurídico, como também pela ordinária judicialidade em que se aventuram teses a fim de que essa natureza jurídica seja abarcada pelo regime consumerista (tese que não ganha adeptos, pois o regime normativo do Código de Defesa do Consumidor é afastado face à especialidade da lei do inquilinato). Entretanto, apesar da impossibilidade de incidência do instituto consumerista à relação locatícia, o contrato não deixa de ser desarmônico.

Não obstante tudo isso, deve se considerar que a maior parte dos contratos locatícios constituídos mediante intervenção da administradora de imóveis são firmados com renúncia ao benefício de ordem executiva. Tal situação – conjugada à natureza arbitrária da relação, à tipicidade contratual de adesão, bem como o (completo) desconhecimento da disposição avençada – *per si* evidencia a potencial superioridade das administradoras de imóveis em relação ao fiador. Estas figuram nas avenças com vantagens excessivas, comprometendo a função social do contrato. É evidente, portanto, o desequilíbrio contratual.

Nesse esteio a doutrina forense milita no sentido de que o intervencionismo do Direito aos contratos isonômicos é mínimo, pois vige o princípio *pacta sunt servanda* (força obrigatória). Todavia, às relações contratuais em evidente desequilíbrio o Direito surge como instrumento de guarita aos interesses do(s) sujeito(s) desfavorecido(s) para que sejam estabilizadas as avenças. Assim acontece às relações trabalhistas, consumeristas e todas àquelas em que se evidenciam desproporcionais. O Direito, para esses casos, servirá como instrumento de equidade e seu intervencionismo ganha relevo máximo para o restabelecimento da função social do contrato, relativizando o princípio *pacta sunt servanda* em promoção à teoria da imprevisão através da cláusula *rebus sic stantibus*.

O Direito pátrio reconhece que a atividade empresária é naturalmente de risco. Em decorrência disso, a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva à maioria dos contratos firmados entre pessoa jurídica e sujeitos vulneráveis. Nesse caso a *ratio* do legislador inclina-se ao restabelecimento do equilíbrio contratual – tudo em homenagem à isonomia da obrigação.

Entretanto, quando o ordenamento jurídico não possui instrumentos satisfatórios positivados para viabilizar a isonomia contratual, exsurge a precípua função jurisdicional. A solução jurídica, nesses casos, decorre da aplicação do Direito através de institutos constitucionais valorativos característicos do Estado Democrático de Direito.

O pragmatismo jurisdicional que infere inaplicável a teoria neoconstitucionalista padece a sua função instrumental às cargas prestacionais do Estado. Considerando que o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo pacto constitucional à primazia da Justiça social, não apenas sob ótica formal, sobretudo material, diante à inércia estatal, exsurge ônus inarredável à jurisdição. Mesmo às hipóteses em que a atuação legiferante se constitua a par dos valores contemporâneos do Direito a atuação jurisdicional reveste-se de legitimidade se (e

somente se) incorporada à obrigação de aplicar o Direito sob guarda dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a penhora do bem de família para garantia creditícia às administradoras imobiliárias não é viabilizar o mercado imobiliário, mas, sim, transferir o risco do empreendimento ao fiador, figurante vulnerável da relação jurídica. Esta imputação não encontra sentido de aplicação válida pelas expressões fundamentais institucionalizadas à Carta Constitucional.

Urge, então, deslocar o eixo da interpretação no sentido da validade disposto pelas normas fundamentais, precipuamente, direito de moradia, no interesse último de integração ao conteúdo do mínimo existencial para a viabilidade à condição de uma vida digna.

4.2.6 A inviabilidade da penhora do bem de família do fiador impulsiona o inquilino à garantia bancária (modalidade de garantia mais onerosa) ou impossibilita a efetivação da moradia àqueles sem capacidade econômica de suportar as custas dessa garantia

A estrutura desse fundamento parte da premissa que, inviabilizada a penhora do bem de família, perde, a fiança, sua condição de garantia eficaz. Decorrente a isso, restaria apenas ao potencial inquilino o socorro da garantia bancária sob pena de não efetivar seu contrato de locação e, via reflexa, impossibilitando seu acesso à moradia.

Todavia, soa sem sentido creditar (a esse fundamento) capacidade suficiente de vincular qualidade constitucional ao inciso VII, art. 3º da Lei 8.009/90. A uma, face à existência de outras modalidades de garantias que, tal qual a fiança, conferem, com eficácia suficiente, solvência contratual e, a duas, porque ignora a existência de contratos firmados com garantias distintas à fiança ou, até mesmo, sem garantia qualquer.

Ao que concerne à existência de outras modalidades de garantias, a Lei do inquilinato prescreve, além da fiança, a caução, o seguro fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, dentre as quais, ressalta-se a espécie caução por bem móvel. Esta é o instrumento de garantia, se não mais eficiente que a fiança, tanto quanto. Afirma-se seguramente isso, haja vista que é mais viável afetar um bem móvel, por exemplo, automóvel, que estender a responsabilidade de seu patrimônio, mediante fiança, até o bem de família.

Este aspecto em relação à caução por bem móvel promove um equilíbrio contratual, vez que o poder conferido ao credor em processo de execução é relativizado, pois

impossibilita que um bem de família seja objeto expropriativo, bem como todos os consecutórios sociais relacionados à entidade familiar retirada do lar que reside, tudo isso sem, no entanto, inviabilizar a satisfação creditícia. Esta satisfatividade se materializa pela afetação de um bem móvel que atenda, de forma eficaz, a solvência contratual. Este fundamento deve ser sopesado tomando em conta que a Lei do inquilinato confere instrumentos satisfatórios, inclusive medidas liminares, para efetivar a disponibilidade mais célere do imóvel locado, no interesse de evitar que a dívida pelo inadimplemento contratual alcance valores exorbitantes face à inércia do locador. Nessas condições, um bem móvel caucionado pode ser instrumento eficaz para a garantia contratual.

Não menos importante, essa modalidade de garantia aumenta, significativamente, o percentual de indivíduos com potencial econômico para figurar como fiador. Além do mais, é de se considerar que na grande maioria dos casos, a caução por bem móvel pode ser viabilizada pelo próprio candidato à locação, maior interessado à celebração contratual.

Por conseguinte, sendo a fiança inviabilizada pela impenhorabilidade do bem de família do fiador, é indiscutível que não decorre, como alternativa una ao inquilino, a garantia bancária, vez que a própria legislação dispõe de outros recursos com capacidade suficientemente eficaz à solvência creditícia, precipuamente, caução por bem móvel conforme citado alhures. Isto posto, *per si*, possui o condão de desvalorar o fundamento de que a inviabilidade da penhora do bem de família do fiador impulsiona o inquilino à garantia bancária ou impossibilita a efetivação da moradia àqueles sem capacidade econômica de suportar as custas dessa garantia. Ademais, seria, necessariamente, negar a existência de contratos com modalidade de garantia distinta à fiança ou até mesmo sem qualquer garantia.

A essa prática contratual, sem intervencionismo das administradoras imobiliárias, figuram locador e locatário, apenas. São relações jurídicas que se caracterizam menos burocratizadas e a exigibilidade imposta pelo locador é consideravelmente mais flexível. Nesses casos o locador pretere aumentar sua capitalização dispensando os custos dos serviços da administradora, mesmo ciente dos riscos decorrentes.

Para tanto, não raras vezes, prescinde até de contrato acessório de garantia, pois sendo suficientemente diligente, buscando referências pessoais, entrevistando seu potencial locatário, exigindo comprovação de vínculo de emprego, renda, etc. credita maior confiabilidade ao adimplemento da obrigação.

Muito embora os percentuais dessa relação jurídica serem inestimáveis, pois, tendo em vista sua natureza informal, ficam alheios aos programas de pesquisas estatísticas, sua ordinária recorrência é, mormente, fato inegável. Dessa forma inferir que a fiança é instituto que viabiliza fruição da moradia aos “despossuídos” e, portanto, conferir constitucionalidade à exceção a impenhorabilidade de bem de família do fiador carece de sentido, vez que (frequentemente) são firmados contratos locatícios, com garantias distintas ou, até mesmo, prescindidas de qualquer delas.

Esses contratos informais, flexíveis e sem garantia concretizam em maior grau o direito à moradia, pois a exigibilidade aos potenciais locatários é reduzida, se comparados aos firmados pelas administradoras imobiliárias. Em decorrência, aumentam o gargalo social de potenciais locatários.

No entanto, os contratos mediante intervencionismo das administradoras imobiliárias, por sua vez, são mais restritivos diminuindo, exponencialmente, o rol de candidatos capazes ao atendimento de todas as exigências. Assim como o nível de exigibilidade condicional para a perfectibilização da locação aumenta segurança creditícia, por sua vez selecionam classes econômicas mais favoráveis, deixando a própria álea àqueles que, potencialmente, reclamam moradia, pois as chances de obterem fiador são, naturalmente, reduzidas. Em decorrência, diminuem o gargalo social de potenciais locatários.

Sob essa perspectiva é insustentável a afirmação que a inviabilidade da penhora do bem de família do fiador impossibilita o acesso à moradia. Ao contrário os contratos decorrentes do intervencionismo das administradoras imobiliárias são elitistas e mínguem o número de candidatos à locação ante a maior exigibilidade imposta para celebração contratual.

4.3 RE n°. 407.688-8/SP: razão determinante implícita

Uma vez dedicados todos esses apontamentos críticos às razões determinantes do RE n°. 407.688-8/SP, não somente se tornam vazias de poder argumentativo pela evidente superficialidade das suas condicionantes, como também revela sua inclinação às relações jurídicas mediadas pelas administradoras imobiliárias.

Nessa esteira, a conjugação de todos os substratos nucleares das razões determinantes converge no sentido de que a penhora do bem de família do fiador torna exequível o direito à moradia. No entanto, essa premissa não apenas é insustentável pela

imposição crítica inferida alhures, mas, também, instrumentaliza poder expropriativo ilimitado às administradoras imobiliárias. É indiscutível, sob esse aspecto, que a ordinariiedade da celebração de garantia por fiança decorre do intervencionismo dessas entidades.

Percebe-se, em medidas subliminares, a parcialidade (intencional ou não) dirigida ao mercado imobiliário, precipuamente pela militância no sentido de viabilizá-lo através da penhora do bem de família do fiador. Pode-se afirmar que, à penumbra das razões determinantes do julgado, oculta-se o favorecimento à satisfatividade creditícia em detrimento à proteção do bem de família legal.

Coincidência ou não a atuação legiferante que resultou na promulgação da Lei n.º 8.245/91 decorreu de um projeto encomendado pela Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis (ABADI) e pela Federação Nacional das Administradoras de Imóveis (FENADI). Entretanto, o que promove maiores inquietações é o substancial alinhamento entre: as razões à rejeição da emenda n.º 10 do Senado Federal e as razões determinantes do RE n.º 407.688-8/SP. As razões ventiladas pelos representantes das administradoras imobiliárias (SIMÕES, 2011) para impedir a supressão do art. 80 do Projeto, atualmente o famigerado art. 82 da lei n.º 8.245/91, são de mesmo substrato nuclear que integrou o voto do Ministro Relator Cezar Peluso e do Ministro Sepúlveda Pertence, ou seja, no mesmo prisma da fórmula $smr = e$ e $smr = f$. Coincidência ou não, é fato inegável.

Inobstante isso, o favorecimento à satisfatividade creditícia em detrimento à proteção do bem de família legal torna-se mais evidente, ainda, tendo em vista que a smr do RE n.º 407.688-8/SP tem legitimado penhora do bem de família do fiador, inclusive, ao crédito decorrente de contratos de locação para exercício de atividade empresária.

A possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador encontra, pois, amparo na disposição legal referida. Trata-se, portanto, de exceção à regra da impenhorabilidade. *A propósito, insta observar que a lei não distingue entre a fiança outorgada em contrato de locação de imóvel residencial ou comercial.*

(...).

E que o Colendo Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão e decidiu que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do artigo 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 29.3.90, com a redação da Lei 8.245, de 18.10.91, não ofende o artigo 6 . da Constituição da República: "A penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, objeto do art. 3 , inciso VII, da Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, com a redação da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, não ofende o art. 6 da Constituição da Republica". (ROSA, 2011, grifo nosso)

Nesses casos o contrato de fiança, mais especificamente a penhora de bem de família, não é instrumento que viabiliza a moradia, mas, sim, exercício de atividade

empresária. Isso, *per si*, ressalta a relevância, conferida pelo precedente, ao direito creditício na medida em que se perpetuam amplas possibilidades de excussão de bem de família via fiança.

No entanto o RE n°. 407.688-8/SP não ingressou a essa especificidade, ou seja, a tangibilidade conferida pela *smr* do acórdão. Decorre que isso promove uma dubiedade à modulação restritiva ao direito à moradia, porque exsurge latente a questão se o precedente, via reflexa, estender-se-ia, também, às garantias locatícias para exercício empresarial. Fato é que o julgado silenciou-se a essa matéria.

Contudo, talvez a olhos apressados, o problema não se revele, pois imbricam variações. O enfrentamento do mérito conduziria as razões determinantes no sentido de se reconhecer ou não a possibilidade de penhora ao bem de família do fiador obrigado em contrato de locação empresarial. Todavia, pelo silenciamento, a Suprema Corte se desonerou do encargo, vez que viabilizar essa gênese de penhora seria o registro implícito de uma inversão hierárquica de tutelas jurídicas. Seria o reconhecimento mediato à prevalência (entre crédito x moradia) da tutela pecuniária. Pode-se intuir isso, vez que nesses casos o fundamento que a penhora do bem de família viabiliza exercício à moradia perde o sentido, pois é inegável que seu objeto é a satisfação creditícia originária de locação empresarial.

Em que pese essa tênue esquivia à modulação extensiva da *smr* do RE n°. 407.688-8/SP é, consideravelmente, nítido seu favorecimento à satisfatividade creditícia em detrimento à proteção do bem de família legal, pois cada uma das razões determinantes, sendo satisfatoriamente impugnadas, perde sentido em convencimento de que seu efeito decorrente é a ampliação do acesso à moradia.

À penumbra das razões determinantes do acórdão, portanto, exsurge a prevalência ao direito de crédito, o que, se bem pensadas as coisas, é inversão do grau de tutela jurídica entre crédito x moradia.

O imbricamento da questão permeia em identificar qual bem jurídico possui maior grau de tutela jurídica em relação ao outro podendo, nessas condições, ser instrumento de modulação restritiva.

Nesse limiar, o relativismo das normas jurídicas apresenta-se válido, se (e somente se) decorrente por imposição de norma de maior grau de tutela jurídica. Sob essa ótica a violação à integridade física, como exemplo, é legítima à proteção de interesse maior, nesse

caso, a vida. A modulação restritiva à fruição de direitos materializa-se pela conjugação da proporcionalidade e razoabilidade, princípios constitucionais implícitos.

Destarte, as razões determinantes do RE n.º. 407.688-8/SP, tomando em conta o entendimento perpetuado até o presente (penhora do bem de família do fiador), promovem inversão do grau de tutela jurídica na exata medida em que reserva grau de superioridade ao direito de crédito restringindo a fruição do direito à moradia.

O limite ao direito creditício se perfaz válido quando conjugado ao valor institucionalizado pelo art. 6º da Constituição Federal, pois conferiu à moradia *status* de direito fundamental social. Nesse esteio, não se pode considerar legítimo aos valores constitucionais – dentre os quais o direito fundamental à moradia (instituto de concretização da dignidade da pessoa humana) – a *smr* que instrumentaliza bem de família do fiador em benefício aos credores de contrato locatício, precipuamente, às administradoras de imóveis, principais atores do mercado imobiliário.

Por derradeiro, o Direito não pode ser aplicado à revelia das premissas do neoconstitucionalismo. Os valores sociais são resultados do desenvolvimento cultural da sociedade. As declarações internacionais (*human rights*), institucionalizadas aos países eminentemente democráticos pelas Cartas Constitucionais assumem roupagem de direitos fundamentais. Esses são as expressões valorativas “do” Direito e, “pelo” direito, sua satisfatividade é urgente sob pena de se tornar letra morta.

Nesse diapasão a Jurisdição assume seu papel mais relevante, a aplicação do Direito. E, assim, a validade da atuação judiciária consubstancia-se na exata medida em que concretiza satisfatividade aos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo torna-se o instrumental hermenêutico mais eficiente ao pragmatismo jurisdicional que, imune ao sentido comum teórico (WARAT *apud* STECK, 1999), supera o dogmatismo jurídico acrítico que reduz o ativismo judicial a meras pesquisas e bricolagens – verdadeiro pensamento rígido, mecanizado, atemporal e divorciado às vicissitudes e demandas societárias contemporâneas que a lei, sempre intempestiva, tarda em tutelar.

Nessa esteira, a literalidade da lei em detrimento aos valores jurídicos institucionalizados à Carta Magna, não mais se sustenta em épocas hodiernas, pelas quais, premissas hermenêuticas do neoconstitucionalismo dispõem instrumental de satisfatividade não apenas aos direitos fundamentais, mormente, ao mínimo existencial afim da viabilidade à

fruição de uma vida digna. Portanto, as razões determinantes do RE n°. 407.688-8/SP urge a superação, pois – alheias à fonte de dispersão da validade do sentido de interpretação e, via reflexa, de aplicação do direito fundamental de moradia – perpetuam a violação constitucional conferida pelo inciso VII, art. 3º da lei 8.009/90.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o percurso da presente monografia decorreu da análise da teoria do neoconstitucionalismo a partir de perspectivas de expoentes doutrinadores e sua instrumentalidade à aplicação jurídica, síntese do princípio da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, direito fundamental social à moradia, a origem do bem de família, a normatividade do bem de família do fiador passando pela Lei n.º. 8.009/90, Lei n.º. 8.245/91, Emenda Constitucional n.º. 26 de 2000, Recurso Extraordinário n.º. 407.688-8/SP, apresentando suas razões determinantes e, por fim, o ensaio à sua superação.

Assim, a adstrição motriz a viabilizar a superação das razões determinantes do RE n.º. 407.688-8/SP decorreu sempre em alinhamento às premissas do neoconstitucionalismo. Em apertada síntese, procurou-se identificar a quadra teórica que o Direito contemporâneo encontra-se.

O neoconstitucionalismo dispôs virada paradigmática às premissas do positivismo jurídico. Essa nova ordem de pensamento, tendo como pontuais precursores o jurista americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, é instrumento jurídico que confere à Constituição poder jurídico de expressão da validade ao sistema normativo. Decorre, de suas normas fundamentais, a dispersão desse poder por feixes de validade promovendo a integração em todas as regras do ordenamento. As normas fundamentais tornam-se a alma do regramento que as concretizam. As regras destituídas desse conteúdo principiológico constitucional, carecem em validade jurídica, portanto sua aplicação é ilegítima e inconstitucional.

Essa irradiação jurídica ao sistema normativo conferido pelas normas fundamentais não apenas confere validade às regras, mas seu sentido de interpretação constitucional. Exsurge, então, a essencialidade do exercício jurisdicional e sua inarredável função de conferir sentido às prescrições normativas. Para tanto, sob justa medida dos limites desta dispersão fundamental.

Por essas condicionantes, foram apresentadas as razões determinantes do RE n.º. 407.688-8/SP que viabilizaram a solução do mérito recursal, qual seja, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. Não obstante, todas as estruturantes nucleares da solução do mérito recursal foram dispostas a apontamentos críticos demonstrando sua insustentabilidade por variantes contrapontos que esvaziam seu poder de convencimento.

Ademais, vez tornadas vazias as razões determinantes e, via reflexa, a solução do mérito recursal, carece de sentido sustentar que a penhora do bem de família do fiador aumenta as possibilidades de acesso à moradia. Decorrente a isso, foram dispostas luzes às tênues evidências de que a penhora do bem de família do fiador confere poder ilimitado de satisfatividade aos credores locatícios, precipuamente às administradoras imobiliárias, haja vista serem principais atores do mercado de locação. Nessa esteira, há prevalência (entre direito de crédito x direito de moradia) à tutela pecuniária.

Essa proteção exagerada exorbita os limites da aplicação válida. Portanto interpretação divorciada ao sentido de validade constitucional, ainda mais porque o direito fundamental à moradia é, em especificidade, sua fonte de dispersão do sentido da interpretação. Não decorre de sua interpretação, destarte, conferir legitimidade constitucional a possibilidade de relativizar a proteção do bem de família em satisfatividade a direito de crédito locatício. Qualquer reação dissidente a isso é perspectiva estranha à interpretação válida. Assim, alienada à ordem da principiologia constitucional pátria que, através do direito à moradia, é cogente.

Portanto, é urgente a superação das razões determinantes do RE n°. 407.688-8/SP, vez que, dispostas à revelia da fonte de dispersão de validade interpretativa, precipuamente, à aplicação da expressão fundamental de moradia, perpetuam violação constitucional pelo famigerado inciso VII, art. 3° da lei 8.009/90.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de SCHILD, Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ASSIS, Araken de. *A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro*. Execução Civil Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: p. 409-419, 2007.

ASSIS, Araken de. *Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar*. Porto Alegre: Revista jurídica, n. 384. p. 11-39, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família Internacional (necessidade de unificação)*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 102, p. 101 – 111, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: penhora em fiança locatícia e direito à moradia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. In: NERY, Rosa Maria; CARBONI, Paolo (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Crédito de Fiança locatícia e Direito à moradia*. Artigo publicado no Jornal Carta Forense. Agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/credito-de-fianca-locaticia-e-direito-a-moradia/14174>>. Acesso em: 15 ago 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, p. 29-66, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 240. p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à lei do inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 3.200 de 19 de abril de 1941. *Dispõe sobre a organização e proteção da família*. Brasília, DF: Senado Federal. 19 de abril de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal. 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 6.742 de 17 de dezembro de 1979. *Modifica o art. 19 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941*. Brasília, DF: Senado Federal. 19 de abril de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6742.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 8.009 de 29 de março de 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Brasília, DF: Senado Federal. 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991. *Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes*. Brasília, DF: Senado Federal. 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Lei 13.105 de 15 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal. 15 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 407.688-8/SP*. 8/02/2006. Min. Relator Celso de Mello.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 612.360/SP*. 14/09/2010. Min. Relator Ellen Gracie.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial nº. 1.363.368/MS*. 12/11/2014. Min. Relator Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 549*. 14 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27549%27>>. Acesso em: 28 nov 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Recurso de Apelação nº. 9122859-84.2008.8.26.0000*. 10/03/2011. Des. Relator Edgard Rosa.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Livraria Almedina, 1993.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de CAMARGO, Jeferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de BORGES, Luiz Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Organizadores FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. 271 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Anual de Serviços*. Vol. 15. 2013. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/150/pas_2013v15.pdf>. Acesso em: 1º ago 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de MACHADO, João Baptista. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. Tradução de CRETELLA, Júnior; CRETELLA, Agnes. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMONGI, Rubens França. *Hermenêutica Jurídica*. Revisão de LIMONGI, Antônio S. França. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes*. 19 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 12 ago 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROSA, Alexandre Morais da. *Constitucionalismo garantista: notas lógicas*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, v. 34, n. 107, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SECOVI-SP. *Pesquisa Mensal de Valores de Locação Residencial da Cidade de São Paulo*. Maio 2016. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/files/Arquivos/pml-maio-2016.pdf>>. Acesso em: 1º ago 2016.
- SIMÕES, Geraldo Beire. *20 anos da Lei do Inquilinato: Elaboração, tramitação legislativa, e acordos políticos da Lei nº 8.245/91*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.mercadantesimoes.com.br/20anosleiinquilinato.pdf>>. Acesso em: 1º ago 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Curitiba: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, jan-jun. p. 9-27, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. São Leopoldo: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 1, p. 65-77, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. 1. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014.
- TARTUCI, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. único. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Processual Geral, n. 40, p. 69-78, 1990.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática: Lei n.8.245, de 18-10-1991*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.