



A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO JULGAMENTO DO TEMA 1.127 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Derick Davidson Cordeiro
Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira

Resumo: O Estado Democrático de Direito impõe a necessidade de todo ordenamento jurídico estar em consonância com as garantias do texto constitucional, possibilitando a proteção de todo e qualquer cidadão. Após o acréscimo do direito à moradia à Constituição, pela EC n. 26/2000, muito passou a se discutir acerca da polêmica exceção do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. A decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal, no tema 1.127, firmou a tese de que é constitucional a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, seja residencial ou comercial. Entretanto, tendo em vista o atual contexto político, econômico e social, que fornece diferentes valores constitucionais aos princípios em colisão, deve ser questionado se tal decisão fora acertada, sob a ótica dos princípios e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Colisão de Direitos; Impenhorabilidade; Bem de Família; Fiança; Direito à moradia; Isonomia.

Abstract: The Democratic State of Law imposes the need for every legal system to be in line with the guarantees of the constitutional text, enabling the protection of each and every citizen. After the addition of the right to housing to the Constitution, by EC n. 26/2000, much has been discussed about the controversial exception of art. 3, VII, of Law 8009/90. The most recent decision of the Federal Supreme Court, in theme 1.127, established the thesis that the attachment of the family good of the guarantor of the lease contract, whether residential or commercial, is constitutional. However, in view of the current political, economic and social context, which provides different constitutional values to the conflicting principles, it must be questioned whether such a decision was correct, from the perspective of fundamental principles and rights.

Keywords: Fundamental rights; Collision of Rights; Unseizability; Family Good; Bail; Right to housing; isonomy.

Considerações iniciais

O direito contemporâneo nos traz diversos aspectos relevantes para o funcionamento adequado do Estado Democrático de Direito, sendo possível destacar a simplificação procedural, a força dos precedentes, a instrumentalidade do processo e a constitucionalização do ordenamento jurídico.

Isto é, a interpretação das normas deve partir da premissa que há um texto constitucional a ser seguido, devendo o sistema legislativo, inclusive, adotar os parâmetros constitucionais para exercer sua atividade típica.

A Constituição Federal de 1988 é um marco extremamente valioso na história do Brasil, tendo em vista que agregou ao ordenamento jurídico brasileiro diversos direitos fundamentais e sociais, que vieram sendo construídos pela humanidade durante muitos anos.

É possível verificar em nosso texto constitucional a inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também de 1966, e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

Ademais, o texto constitucional sofreu diversas alterações ao longo de sua vigência, que somente agregaram valor mais positivo ao diploma, incluindo a emenda 26/2000, que realizou o acréscimo do direito fundamental à moradia.

Deste modo, o presente estudo tem por objetivo demonstrar os institutos necessários para o debate do tema de penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, partindo dos princípios constitucionais como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Assim, justamente pela existência de um amplo rol de princípios e direitos fundamentais, estes se encontrarão em constante colisão no tema da penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação.

Trazidos todos os conceitos, será exposta a jurisprudência mais atual do assunto, sendo o tema 1.1127 do STF, que considerou diversas interpretações da norma que impõe exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, desde que incluído o texto da Emenda Constitucional de n. 26/2000.

As premissas constitucionais e os conceitos discorridos ao longo do presente trabalho são utilizadas em diferentes interpretações dos ministros da Suprema Corte no tema 1.127, julgado no ano de 2022.

Ao final, pretende-se apresentar possíveis soluções sobre o tema, levando em conta os argumentos trazidos no debate do tema de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação residencial e não residencial.

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A PROPORCIONALIDADE E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Para analisar a colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, utilizados no julgamento do tema 1.127 pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário o esclarecimento acerca da própria colisão de direitos fundamentais, bem como do princípio e da técnica referidos.

Compreende-se os direitos fundamentais como substanciais à sobrevivência humana. Tais direitos são visualizados como um sistema, que abrange regras e princípios, estabelecendo direitos subjetivos aos cidadãos, e protegendo-os em suas diversas dimensões (NUNES JÚNIOR, 2009).

Para Robert ALEXY (1999), entendem-se os direitos fundamentais aqueles que são constitucionalmente válidos, sendo elementos essenciais da ordem jurídica nacional.

No Estado Democrático de Direito, existe um vasto catálogo de Direitos Fundamentais, de diferentes dimensões e, por consequência, heterogêneos, que são interpretados de acordo com o contexto político, econômico e social, considerando a constante mutabilidade da comunidade nacional nesses aspectos, e em seus valores.

Tal interpretação, referente ao mesmo texto normativo, que ocorre de maneira diferenciada ao decorrer da evolução da sociedade, é compreendida como uma abertura do sistema constitucional, ensejando a integração da norma com a realidade, resultando na chamada mutação constitucional (HÄRBELE, 1997).

No sistema dos Direitos Fundamentais, Robert ALEXY (2015) realiza a distinção entre regras e princípios, indicando que a diferença é qualitativa. Enquanto a regras expressam deveres definitivos e limitados, os princípios devem ser aplicados na maior medida possível. Isto é, a regra pode ser cumprida ou não, os princípios, por sua vez, deverão ser cumpridos de algum modo.

A existência do amplo catálogo de Direitos Fundamentais, com a constante mutação constitucional, gera a colisão desses direitos uns com outros, ainda que o modelo de princípios enseje maior flexibilidade para o cumprimento da Constituição.

Segundo ALEXY (1999), as colisões de Direitos Fundamentais podem ser observadas estritamente, quando a realização de um direito fundamental resulte em consequências negativas para outros direitos fundamentais, ou amplamente, quando a realização de um direito fundamental gere consequências negativas em relação ao coletivo.

O autor apresenta como solução para as colisões, inicialmente, que sejam os direitos limitados ou sacrificados (ALEXY, 1999). Neste sentido, cumpre novamente diferenciar regras de princípios.

A solução quanto as regras, que são definitivas, pode ser a declaração da invalidade de uma delas ou a criação de uma exceção à regra em si, para que o problema seja então solucionado (ALEXY, 2015).

Para ALEXY (2015), a aplicação dos Direitos Fundamentais em regras se dá a partir da subsunção, excluindo a possibilidade de realizar a análise pela técnica da ponderação. Outrossim, no caso de colisão de Direitos Fundamentais em regras, poderão ser aplicadas técnicas de interpretação constitucional ou critérios de resolução de antinomias jurídicas, sendo eles o (i) hierárquico; (ii) cronológico; e de (iii) especialidade.

Por outro lado, tratando-se da colisão de Direitos Fundamentais no modelo de princípios, não é possível realizar a declaração de invalidade daquele direito, muito menos criar uma exceção àquele princípio. Então, surgirá nesse caso a necessidade da utilização da técnica da ponderação, originada na Corte Constitucional Alemã (ALEXY, 2015).

Ao observar o caso concreto, os princípios têm diferentes pesos, podendo ocorrer que, em determinadas circunstâncias um princípio tenha maior peso que outro, e em outras circunstâncias ocorra o contrário, com exatamente os mesmos princípios (HECK, 2000).

A determinação do peso de cada princípio sobre o caso concreto, então, se dará por meio da ponderação, que será considerada como o terceiro princípio parcial da proporcionalidade do Direito Constitucional Alemão (proporcionalidade em sentido estrito) (HECK, 2000). “O primeiro princípio parcial é o da idoneidade do meio utilizado para alcançar o resultado com ele pretendido; o segundo princípio parcial é o da necessidade desse meio, que não é necessário quando existe um outro mais ameno, menos incisivo” (HECK apud ALEXY, 2000, p.120). Neste sentido, nas palavras de Robert ALEXY (2018, p. 873):

“Optimization relative to the factual possibilities consists of avoiding avoidable costs. Costs, however, are unavoidable when principles collide. Balancing then becomes necessary. Balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrower sense. This principle expresses what optimization relative to the legal possibilities means. It is identical with a rule that can be called the “Law of Balancing,” which is, on the side of the “Law of Competing Principles(...)”

Ainda, ALEXY (2015) salienta que os Direitos Fundamentais devem ser considerados em toda e qualquer interpretação de norma, mesmo que infraconstitucional. Outrossim, a técnica da ponderação deverá ser utilizada sempre em casos de maior dificuldade, em que há colisão de direitos fundamentais.

Neste aspecto, ensina Rita de Cássia Corrêa de VASCONCELOS (2015, p. 204):

“Precisamente por integrar a essência do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade não precisa estar expresso no Texto Constitucional. Mas, a falta de previsão expressa gera dificuldades, até mesmo de ordem terminológica. Na Alemanha, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, encontram-se, por exemplo, além do termo de proporcionalidade, expressões como proibição de excesso, necessidade, necessariamente exigível e proporcionalidade em sentido estrito, as quais, em verdade, traduzem a composição do princípio.”

Conclui a autora, explicando que no Brasil, o princípio da proporcionalidade se encontra esparso na Constituição, exemplificando seu argumento na existência do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Tais princípios permitem ao juiz aplicar as normas infraconstitucionais à luz dos princípios e direitos fundamentais, garantidos pela Carta Maior (VASCONCELOS,2015).

Por todo exposto, considerando o modelo de Estado Democrático de Direito, pelo qual todo o ordenamento deve ser interpretado sob a ótica de tais princípios e direitos fundamentais, com a assídua e constante mutabilidade do contexto social que tem por consequência novas interpretações do mesmo texto, é de substancial importância tal esclarecimento básico acerca da colisão de direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, principalmente quando irá se tratar do julgamento do tema 1.127 pelo Supremo Tribunal Federal mais adiante.

O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS AO TEMA

O instituto do bem de família tem origem no Estado do Texas, dos Estados Unidos da América, e tinha por objetivo proteger os pequenos agricultores, no final da década de 1830, da grande especulação financeira que existia àquela época.

Em 1862, o presidente norte-americano, Abraham Lincoln, observando as benesses do instituto, realizou o chamado *Homestead Act*, com o intuito de incentivar

a colonização e, principalmente, a permanência dos cidadãos da parte oeste dos Estados Unidos (PEREIRA, 2014).

A especulação financeira àquela época era causada em razão da falência de um banco em Nova Iorque, que fez o preço dos produtos agrícolas despencarem, restando diversos agricultores inadimplentes e, por consequência, fazendo os bancos executarem seus bens e, dentre eles, suas casas (PEREIRA, 2014).

Assim, após o Texas ser incorporado aos Estados Unidos da América, o presidente Abraham Lincoln verificou que a Lei do *Homestead*, que foi tão útil ao Estado texano, poderia ser ao país todo, fornecendo mais segurança a todos os agricultores (PEREIRA, 2014).

Após, o instituto do bem de família se difundiu pelo mundo, estando atualmente na legislação de inúmeros países, sendo uma conquista social substancial à comunidade global (AZEVEDO, 1999).

Para que se possa observar a importância de tal instituto ter se consolidado, é necessário observarmos a maneira que o Direito Civil era aplicado historicamente, mais precisamente sob a ótica da orientação liberal, como ensinam Nelson ROSENVALD e Cristiano Chaves de FARIA (2014, p. 489):

“Historicamente, as relações privadas foram enxergadas com a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, fulcando a sua base sólida na proteção patrimonial. Exemplo nítido é a proteção à propriedade privada e à obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, sedimentada no velho pacta sunt servanda. Como não lembrar da máxima “contratou, tem que cumprir, pois o contrato faz lei entre as partes”

A introdução do primordial instituto do bem de família no Brasil, ocorreu com a promulgação do Código Civil de 1916, que trouxe a impenhorabilidade relativa dos bens imóveis. Houveram evoluções significativas do instituto nos anos de 1939, 1973 e, posteriormente, 1990, com a promulgação da Lei 8.009/90.

Porém, o que se visa apresentar, e já restou cristalino ao longo da história e evolução do instituto, é que o seu objetivo principal é atingido quando se protege a família, propiciando a realização dos princípios e direitos fundamentais e sociais, essencialmente do direito à moradia, mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

O instituto protege o devedor integrante de um núcleo familiar e visa a preservação o patrimônio mínimo deste, fornecendo-o uma vida digna. O imóvel

amparado decorre de qualquer manifestação familiar, sendo casamento, união estável ou qualquer entidade de família (TARTUCE, 2012).

Tratando-se da impenhorabilidade, é possível afirmar sua relatividade em dois sentidos, segundo Caio Mário da Silva PEREIRA (2005), quais sejam seletiva e temporariamente. O bem está protegido desde que as dívidas sejam contraídas após a sua constituição e, a condição de impenhorabilidade do bem de família está adstrita ao prazo concedido pela lei, de sua instituição à sua extinção.

Entretanto, voltamos a atenção do estudo à inserção realizada pela Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), na Lei 8.009/90, que causou debates doutrinários e jurisprudenciais que persistem desde seu primeiro dia de vigência e, provavelmente, existirão por muitas vezes no futuro, considerando a ótica dos direitos fundamentais, do Estado de Direito, e a contínua reinterpretação do texto legal de acordo com o contexto político, econômico e social.

Assim, em que pese a motivação que deu origem ao instituto do bem de família em sua origem, no Estado do Texas, e toda sua evolução, até a vigência da Lei 8.009/90 no Brasil, foi inserida pela referida Lei do inquilinato uma exceção à impenhorabilidade do bem de família, voltada ao fiador do contrato de locação, autorizando a penhora de seu único bem imóvel.

A Lei do inquilinato regulou as modalidades de garantias, sendo elas: a) caução; b) fiança; c) seguro de fiança locatícia; d) cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, vedando-se mais de uma modalidade de garantia em um mesmo contrato.

Acerca da fiança, uma das modalidades de garantia em específico, cumpre salientar que é considerada uma garantia pessoal ou fidejussória, pela qual o fiador compromete-se a arcar com uma obrigação assumida pelo devedor, no caso de inadimplemento deste (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019). A expressão tem origem do latim *fidere*, que significa confiar. O instituto, como se verifica, é utilizado em grande maioria entre partes que tem muita confiança entre si, tendo em vista a grande onerosidade assumida pelo fiador (COELHO. 2002).

Ademais, o contrato de fiança tem natureza acessória, estando por muitas vezes presente em contratos bancários e de locação, só existe para fornecer segurança e garantia ao negócio de terceiros (GONÇALVES, 2007). A fiança é uma

das garantias, que desempenham uma função de dinamização do crédito, permitindo mais facilmente sua circulação (PEREIRA, 2005).

No quadro geral, portanto, a inclusão do instituto da fiança pela Lei 8.245/91 teve, até certo ponto, justificativa, ao observar o contexto político, social e (principalmente) econômico da época, sendo o instituto da fiança importante para a estabilidade do mercado.

Entretanto, no constante enfrentamento entre os institutos do bem de família e da fiança, no que tange à possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, seja comercial ou residencial, é necessário questionar essa exceção, como já dito, no atual contexto e, substancialmente, sob a ótica dos princípios e direitos fundamentais que não podem ser ignorados.

Com os debates trazidos pela própria possibilidade de penhora do bem de família, com base na interpretação e aplicação da legislação, o tema tem grandes e polêmicas alterações no âmbito das decisões judiciais.

A busca pelo equilíbrio do tema, partindo da proporcionalidade dos institutos constitucionais, atinge a legitimação do exercício do poder jurisdicional e do ordenamento jurídico.

Os primeiros institutos constitucionais atingidos são a igualdade e a isonomia, vitais para o Estado Democrático de Direito.

Conforme explica Marcos Augusto MALISKA (2015), os princípios aplicados na justiça e, por consequência, que geram a igualdade e a isonomia, presentes expressamente na Constituição, são vitais para o Estado de Direito, pois quando garantidos evitam o desequilíbrio entre os interesses do coletivo e do privado.

Deste modo, devemos questionar em uma situação de penhora de bem de família: qual interesse deve prevalecer? Os interesses dos proprietários do imóvel alugado ou dos fiadores do contrato, que sequer são causadores da dívida?

Conforme ensina MALISKA (2015), por meio de Eugen EHRLICH, o jurista deve apreciar tal questão levando em consideração o interesse geral da sociedade, colocando em uma balança o que possui maior peso para a sociedade, de acordo com seus valores, pois somente assim haverá uma decisão mais justa para o conflito.

Cumpre salientar que, quando uma decisão é tomada levando em conta somente os interesses individuais, acaba por constituir uma decisão menos justa,

restando por ter influência em ideias de grupos políticos, econômicos e socialmente mais fortes. Deste modo, sempre prevaleceria o interesse da parte mais forte socialmente (MALISKA, 2015).

Ao se tratar da penhora do bem de família do fiador do contrato de locação trazemos ao debate, também, o direito à moradia e ao mínimo existencial.

Em que pese o direito à moradia ostentar posição hierarquicamente superior no quadro dos direitos fundamentais, na prática, tratando-se do exercício do art. 23, da Constituição Federal, encontram-se dificuldades, não tendo incentivos financeiros governamentais, restando carente de políticas públicas.

A aplicação do direito à moradia, deste modo, é realizada majoritariamente no campo das decisões judiciais, principalmente quando se trata de pedidos de penhorabilidade de bens imóveis.

O mínimo existencial que assenta o direito à moradia, constitui-se em um direito fundamental não expresso, podendo ser determinado por variantes, conforme ensina ALEXY (2015).

Para o autor, devemos observar a realidade fática de cada país, havendo a possibilidade de o mínimo existencial estar abaixo do nível da dignidade humana, expondo a necessidade das limitações contidas no ordenamento jurídico quando tratamos do patrimônio atingido para o adimplemento de dívidas de qualquer natureza (ALEXY,2015).

Ademais, a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional mais amplo, ligando-se ao respeito à personalidade, ao desenvolvimento, a autodeterminação, dentre outros aspectos, inserindo-se, inclusive, às condições básicas de vida de um ser humano (LUÑO, 1995). Tendo o Estado tal fundamento, deve atuar como um instrumento de efetivação do instituto da dignidade da pessoa humana, devendo-se assegurar seu pleno exercício e fruição (SARLET, 2006).

No mesmo sentido Luís Roberto BARROSO, afirma que a dignidade da pessoa humana constitui parcela do conteúdo dos direitos fundamentais, sendo uma fonte direta de diretos e deveres, e dando alcance aos próprios direitos fundamentais. Tal amplitude do instituto atinge e integraliza-se ao axioma do mínimo existencial e da moradia (BARROSO, 2000).

A integração dos princípios da isonomia e segurança jurídica, que tem por resultado a igualdade, conforme demonstrado por MALISKA (2015), permite o estudo mais aprofundado do mínimo existencial e do direito à moradia, quando são considerados no debate do assunto.

Por todo exposto, quando adentramos ao julgamento do tema 1.127, pelo Supremo Tribunal Federal, acabamos por compreender que a polêmica se refere, principalmente, a duas teses, que propõem pesos diferentes aos princípios e direitos fundamentais em colisão, incluindo os referidos acima.

A primeira, é trazida por Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO (2019), que oferecem uma conclusão a partir do instrumento gerador da obrigação: o contrato. Segundo os autores, não é justo que o fiador responda com seu patrimônio mais precioso, o bem de família, sendo que tamanha exigência não é voltada também para o locatário, responsável primário da dívida e que assinou o mesmo contrato.

O tratamento da lei, segundo a conclusão dos autores, gera uma violação da isonomia, tendo em vista que fiador e locatário são tratados de maneira desigual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Por outra via, trazida por Heitor Vitor Mendonça SICA (2003), é que a partir do instituto do contrato é efetiva a penhora do bem de família do fiador de maneira constitucional, tendo em vista que devem ser utilizados os princípios da boa-fé e da vedação ao enriquecimento ilícito. Para o autor a melhor regulamentação da matéria poderia trazer maior eficácia ao art. 6º da Constituição Federal e, por consequência, ao direito social à moradia.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, utilizaram-se de ambos argumentos, conforme será demonstrado a seguir.

JULGAMENTO DO TEMA 1.127 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tema 1127, tratou da penhorabilidade do bem de família de fiador em contrato de locação comercial.

Com relatoria do Min. Alexandre de Moraes, o RE 1307334, discutiu, “à luz dos artigos 1º, III, 6º e 226, da Constituição Federal, a possibilidade de penhora de

bem de família de fiador dado em garantia de contrato de locação de imóvel comercial, em distinção com a locação residencial, afastando-se o Tema 295 (RE 612360)".

A tese de que "é constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial", é profundamente polêmica, tendo em vista que há enorme divergência entre os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, posto que o resultado do julgamento teve 4 vencidos, sendo eles os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármem Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Referida tese em análise, foi concebida a partir da penhora do único bem imóvel pertencente a um fiador de contrato de locação comercial, em um cumprimento de sentença, na qual teve por rejeitada a impugnação acerca da impenhorabilidade.

O fiador, no agravo não provido, que ensejou a posterior apresentação do recurso extraordinário em análise do tema 1.127 pelo STF, apresentou diversos argumentos, dentre eles que (i) a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, substancialmente a comercial, violaria a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia; (ii) a declaração do fiador no contrato de locação não poderia se sobrepor ao referido direito à moradia; (iii) que o bem de família do próprio locatário permanece protegido, mostrando a importância do instituto e a disparidade na possibilidade de penhora do bem de família do fiador; (iv) o Supremo Tribunal Federal, havia afastado a possibilidade de penhora do bem e família do fiador de contrato de locação comercial, firmando a tese do tema 295, no qual compreendeu que a penhora somente se aplicava aos contratos de locação residencial.

No próprio recurso extraordinário, por sua vez, o fiador fundamentou, também, a violação dos artigos 1º, III, 6º, e 226, da Constituição, bem como a violação da decisão do precedente gerado pelo RE 605709/SP. O fiador acrescentou a violação ao princípio da isonomia, visto que o patrimônio do devedor principal (locatário) não estaria sujeito à constrição.

O recorrido alegou, em suas contrarrazões, a (i) inexistência de exata fundamentação acerca de violações à constituição, gerando óbice da Súmula 284 do STF; (ii) ausência de repercussão geral da matéria, além de que a decisão no RE 605709/SP se deu de maneira isolada e sem caráter vinculante; (iii) necessidade de reexame das provas existentes no processo.

Diante disto, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, apresentou seu voto, pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto, fixando pra os fins de repercussão geral, a tese ao Tema 1.127 de que “é constitucional a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residência, seja comercial”.

O fundamento do voto segue por diversas vertentes. Primeiramente, observou o direito à moradia, indicando que a garantia de fiança fornece maior segurança ao mercado e, tendo por consequência, mais imóveis e maior facilitação para aqueles que querem alugar imóvel, sendo benefício a um maior número de pessoas. Isto é, para o Ministro, a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação não viola o direito à moradia, mas contribui para tal. Outrossim, citou a Súmula 559, pela qual afirma-se válida a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, mas sem distinguir se residencial ou não residencial. Entretanto, expõe o Min. Alexandre de Morares, que o tema 295 referia-se mesmo à locação residencial, deixando o debate em aberto apenas quanto à locação comercial.

Isso, segundo Moraes, foi apontado no julgamento do RE 605.709, com relatoria da Min. Rosa Weber, no qual não se atribuiu repercussão geral, mas se reconheceu a impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Para o relator, a atribuição de definir sobre a penhora do bem de família compete ao legislador infraconstitucional, bem como a lei 8.009/90 não comportaria tal restrição, acerca da locação comercial. Pelo contrário, na visão dele, além da lei não realizar qualquer distinção entre a locação residencial e comercial, ainda foi justificada cada uma das exceções à impenhorabilidade.

Outrossim, para Alexandre de Moraes, prevalece o princípio da autonomia da vontade, tendo o fiador a liberdade de escolha ao oferecer todo seu patrimônio em garantia de eventual dívida, incluindo seu bem de família.

Ademais, o ministro indica que a penhorabilidade do bem de família comporta constitucionalidade, fundado no entrelaçamento entre o direito à moradia, o direito à propriedade e a livre iniciativa.

Por fim, o relator, não verificou violação ao princípio da isonomia, por entender que são duas situações distintas as relações entre locador e locatário, e entre fiador

e locador, merecendo tratamento diferente na medida em que se desigualam, porque o objetivo da norma tem distintas finalidades, em pleno cumprimento da Constituição.

Em sentido contrário, o Ministro Edson Fachin apresentou voto dando provimento ao recurso extraordinário discutido, ao considerar que no caso em concreto tratava-se de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação comercial. Assim, o ministro entende pela possibilidade de penhora do bem de família apenas do fiador de locação residencial, sendo cabível, no seu entendimento, contrapor o direito dos fiadores ao direito de moradia dos locatários. Porém, o mesmo não seria aplicável à locação comercial.

Ainda, para o ministro vencido, o direito à moradia tem plena prevalência frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, que poderiam ser resguardados por outros mecanismos razoáveis e menos gravosos.

Acrescentando o argumento, a Ministra Rosa Weber indicou os princípios da dignidade da pessoa humana e a proteção à família, que não poderiam ser sacrificados para satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa.

Ademais, a ministra afirmou a violação ao princípio da isonomia, visto que o devedor principal (locatário) não se sujeitará à penhorabilidade do seu único bem imóvel. Para Rosa Weber, o direito à moradia emana do respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Na sequência, a ministra Cármem Lúcia, indicou ser o mínimo existencial irrenunciável, não sendo possível cogitar espaços para o exercício de liberdade. O mínimo existencial deve ser colocado acima, sobrepondo a norma que impõe a exceção à impenhorabilidade.

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski, apontou que não é possível levar em conta o princípio da boa-fé e da autonomia, quando muitas pessoas são compelidas a assinar a fiança ou aval a amigos e familiares em dificuldades financeiras, para logo depois, sofrerem dissabores indesejados. Ademais, o Direito deveria proteger os hipossuficientes, que ficam em desvantagem diante de uma contraparte jurídica ou economicamente mais poderosa. Daí, a proteção de uma família, especialmente das crianças que a integram, deve e sobrepor aos interesses

do proprietário de um ou mais imóveis cuja pretensão se limita a receber o seu aluguel rigorosamente em dia.

Vitoriosa a tese do relator, passamos a tecer algumas considerações, tendo em vista tudo que já fora discorrido no presente estudo.

O intérprete da norma deve buscar os fins sociais as quais ela se dirige. Tratando-se de fins sociais, deverá o intérprete observar os interesses da sociedade, não simplesmente considerar o interesse do legislador em si. As normas contêm valores sociais que preservam uma democracia social, base da Constituição. A interpretação das leis, deste modo, deve ser vista sob a ótica do sistema constitucional (VASCONCELOS, 2015).

No caso da penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, verifica-se, então, uma violação escancarada da isonomia, visto que o afiançado é colocado em posição amplamente superior em relação ao seu fiador (VASCONCELOS, 2015).

Segundo VASCONCELOS (2015), a discriminação se torna mais flagrante e incompreensível quando se observa que sequer os móveis que garnecem a residência do locatário são penhoráveis, enquanto que o fiador pode perder seu único bem imóvel.

Para a autora, o absurdo se concretiza com a tese consolidada de que na subrogação de direitos, o fiador não terá a possibilidade de penhorar o bem de família do locatário (VASCONCELOS, 2015).

Deste modo, considerando o dever do juiz de apresentar sempre a decisão mais justa, conclui-se que este assumirá a postura de aplicar as normas em consonância com os valores sociais de sua época, substancialmente ao se tratar de normas mal elaboradas (VASCONCELOS, 2015).

Fazendo isso, o juiz não estará invadindo o âmbito legislativo, mas, conforme afirma VASCONCELOS (2015, p. 198), estará “exercendo sua atividade dentro dos critérios de justiça vigentes”.

Neste sentido, ensina a autora:

“Ressalta-se, nesse contexto, o importante papel da jurisprudência, que não raro revela a insuficiência dos dispositivos legais em face das transformações sociais ocorridas, desenvolvendo e aperfeiçoando o direito. a interpretação

evolutiva da jurisprudência, essencialmente dinâmica, leva à evolução do próprio direito, enquanto não supridas as deficiências da legislação. É evidente que mesmo a jurisprudência não é infalível, havendo de ser rebatida e criticada sempre que se afastar dos princípios constitucionais, falhando, assim, em sua fundamentação” (VASCONCELOS, 2015, p. 199).

Ainda, segundo VASCONCELOS (2015), as divergências de interpretação e aplicação das leis são ocasionadas pela existência de normas com conceitos abertos, de conteúdo implícito, gerando, por consequência, jurisprudência conflitantes, e entendendo-se que caberá aos juízes escolher entre uma e outra consequência jurídica. Diante disto, quando realizada a análise e aplicação da lei 8.009/90, a jurisprudência terá grande relevância, pois buscará a melhor solução para o caso concreto, a partir da observação dos princípios e direitos fundamentais.

Por fim, cumpre salientar a excelente fundamentação do voto dos ministros Edson Fachin, Cármem Lúcia, Rosa Weber e Roberto Lewandowski, que consideraram os princípios e direitos fundamentais maiores valorosos no atual contexto político, econômico e social, primando pelo melhor interesse da sociedade e pela solução mais justa e menos onerosa aos direitos das partes envolvidas na situação de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto no presente trabalho, restou evidente a necessidade de fornecer maior eficácia ao texto constitucional, devendo este servir de premissa interpretativa desde o momento de produzir uma lei, até o momento de aplicá-la, sendo isto fundamental ao Estado de Direito.

Observou-se que o tema não é pacífico, havendo ainda profunda divergência entre as doutrinas que discutem o assunto, e entre os próprios ministros que julgaram o tema 1.127, tendo por supedâneo justamente a aplicação dos direitos fundamentais e sociais da Constituição Federal.

O conflito se estende para a questão da proporcionalidade da medida, tendo em vista que o único bem de família do fiador, garante a este a sobrevivência e o mínimo existencial, para uma vida digna.

Tendo em vista a constante renovação e constitucionalização do direito, ainda resta esperança pelo surgimento de uma solução mais justa.

Poderíamos, deste modo, aguardar uma regulamentação mais específica do direito à moradia, e mais adequada ao texto da Constituição Federal, que englobe todos os princípios citados, como o da boa-fé, vedação do enriquecimento ilícito, autonomia da vontade, livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, isonomia, proporcionalidade, isonomia, dentre tantos outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.17, 1999, 267-279

ALEXY, Robert. **Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law:** A reply to Aharon Barak. International Journal of Constitutional Law, Volume 16, Issue 3, p. 871–879, jul 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários à lei 8.009/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

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

COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação.** Porto Alegre. Livraria do advogado, 2002

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Parte Geral e LINDB. 12ª Ed. Salvador: Juspodim, 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Contratos e Atos Unilaterais. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedural da Constituição. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997

HECK, Luís Afonso. **O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais.** Direito e Democracia, Canoas, vol.1, 2000, n.1, p.113-122

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**, 1995, in: TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002

MALISKA, Marcos A. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e Constituição. Curitiba: Juruá, 2015

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, Eduardo Giacomassa. **O direito à moradia e o princípio da razoabilidade** – uma análise crítica à impenhorabilidade absoluta do bem de família. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-126/o-direito-a-moradia-e-o-princípio-da-razoabilidade-uma-analise-critica-a-impenhorabilidade-absoluta-do-bem-de-familia/> Acesso em: 06 de jun de 2022

SANTOS, Marcione Pereira. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões Polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia**. in TUCCI, José Rogério Cruz, et al (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

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.mercadantesimos.com.br/20anosleiinquilinato.pdf>>. Acesso em:

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 7 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. **Impenhorabilidade do bem de família: Destinatários; Proteção legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015