

**DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA CONECTIVIDADE COM A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**
*CONSTITUCIONAL HUMAN RIGHTS TO HOUSING AND CONNECTIVITY WITH HUMAN
BEING DIGNITY*

* *Daniel Sousa Paiva*¹

RESUMO

Com os recentes debates sobre autonomia privada, dirigismo contratual e proteção ao mínimo existencial, foram reacendidas as discussões sobre a possibilidade de penhora do único bem imóvel pertencente ao fiador da relação locatícia, onde a própria compreensão de moradia, na forma disposta em nosso ordenamento, possui múltiplos perfis, em seus diversos graus e intensidades, tendo como arcabouço jurídico a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, os princípios jurídicos apostos em nosso ordenamento positivo, revelam-se em instrumentos valiosos para uma adequada interpretação constitucional frente às relações jurídicas obrigacionais que ocorrem na sociedade moderna. Desse contexto e da abertura do texto constitucional, a doutrina é no sentido de elevar o direito à moradia (não restrito apenas à sua topografia constitucional de direitos sociais), mas sim no sua dupla dimensão, uma de aspecto negativa (direito de defesa) e outra no aspecto positivo (consubstanciado na entrega de prestações estatais materiais aos desfavorecidos). Em observância às novas aspirações do direito à moradia como espécie honorável de direito fundamental, foi realizado este estudo, pautado nas tendências do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Moradia. Direito Fundamental. Penhorabilidade de bem de família.

¹ Professor no Centro Universitário Estácio do Ceará. Graduado pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, pós-graduado em Direito Imobiliário pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional.

ABSTRACT

With the recent debates on private autonomy, contractual dirigisme and existential minimum, discussions about the possibility of attachment of immovable property belonging to the sole guarantor of the relationship lessor were rekindled, where the very understanding of housing, the way it is designed in our legal codes, it has multiple profiles, in its various degrees and intensities, with the legal framework to human dignity. In turn, the legal principles in our Codes and laws reveal themselves as valuable tools for an adequate constitutional interpretation due to legal relations that occur in modern society. From this context and the opening of the constitutional text, the legal authors are aimed at raising the right to housing (not just restricted to its topography constitutional social rights), but in its dual dimension, a negative aspect (right defense) and another positive aspect (embodied in the delivery of state services to disadvantaged groups). In compliance with the new aspirations of the right to housing as a fundamental right honorable kind, the study was conducted, based on the trends of the Supreme Court.

Key-words: *Housing. Constitucional Human Rights. Attachment of property family.*

Introdução

Com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 (DOU 15.02.2000), que tratava do reconhecimento da fundamentabilidade do direito à moradia e sua introdução ao rol dos Direitos Sociais, reacendeu os debates acerca do cotidiano do homem comum, dentre eles podemos destacar as disposições que regem a moradia frente às relações jurídicas entre particulares.

Assim, a repercussão da obrigação assumida pelo indivíduo, em decorrência de um contrato, é de ser repensada, onde a compreensão de patrimônio não é mais pautada como um valor em si, mas como um instrumento essencial para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O que leva também ao pensamento de que, na dinâmica social, o bem de família possui íntima conexão com a ideia de patrimônio mínimo assegurável e com a garantia fundamental à moradia, ambos calcadas na dignidade da pessoa humana.

Pondera-se, aqui, uma discussão aberta sobre a aplicabilidade e efetividade da norma prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8.009/90², que admite a penhora do único bem pertencente ao fiador, à luz interpretativa dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988.

A opção realizada pelo legislador constituinte na Constituição Federal de 1988, ao colocar em foco o princípio da dignidade da pessoa humana às relações jurídicas, fez com que as situações patrimoniais, antes individualistas, adquirissem uma nova concepção social. Em verdade, as normas de direito privado não foram destituídas de seu conteúdo essencialmente patrimonial, mas apenas passou-se a entendê-lo como uma das dimensões da pessoa humana.

No entender de Fachin (2006, p.60), a atual definição jurídica de patrimônio traz em seu bojo a ideia de um complexo de direitos e obrigações apreciáveis economicamente. E estes direitos patrimoniais dirigem-se aos bens do indivíduo, no que tange à regulação de seu conteúdo e utilização (direitos reais), bem como ao caminho para essa utilização (direitos obrigacionais).

Noutro aspecto, a própria compreensão de liberdade, na forma disposta em nosso ordenamento, possui múltiplos perfis, em seus diversos graus e intensidades.

² Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. [BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil 30.03.1990].

A liberdade consolidou-se no direito privado sob o termo de autonomia privada³ (no entanto, com uma certa carga ideológica de individualismo patrimonialista).

Há quem pondere que a prestação da fiança locatícia é um ato consciente, voluntário, unilateral e, em regra, benéfico, na livre disposição do próprio patrimônio, pelo qual o fiador se obriga a responder com todos os seus bens pelo inadimplemento do afiançado (devedor originário), na forma da lei.

Em cotejo a esta visão individualista da relação obrigacional erigida entre locador, locatário e fiador, a noção de autonomia privada, por força do ordenamento constitucional, sofre uma profunda e marcante transformação de acordo com o seu campo de incidência: nas relações patrimoniais e nas relações pessoais (não patrimoniais). Isto porque o legislador constituinte precisou na Constituição Federal de 1988 (em seu art.1º, inciso III) que a vida do ser humano, para ser digna, deveria despontar da mais ampla liberdade possível no que toca às relações essencialmente pessoais. O mesmo não ocorre com as relações privadas de cunho patrimonial, sujeitas à intervenção do Estado em decorrência de certos fatores socioeconômicos.

Bodin (2010, p.190), fazendo uma interpretação sistemática das relações privadas, explica:

No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento-, considera-se haver uma “proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”.

Por derradeiro, a autonomia privada, nos termos ora estudados, não pode ser considerada como sinônimo de livre arbítrio absoluto nas relações privadas. Para ter reconhecimento e proteção do ordenamento jurídico, a autonomia privada deve ser centrada na razão pela qual o direito foi garantido e reconhecido.

Busca-se, aqui, descobrir qual a finalidade jurídico-social da proteção dada ao direito fundamental à moradia e sua efetividade nas relações privadas. Ou seja, sua funcionalização frente aos ideais de solidariedade almejados pela sociedade e de proteção ao mínimo existencial.

³ Sarmiento (2010, p.154) explica que “... a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses”.

1 Os Direitos Sociais no contexto da Constituição Federal de 1988:

Ao se falar em direitos fundamentais, pondera-se, quanto à gênese dos mesmos, sobre a fonte de inspiração que levou o legislador constituinte consagrá-los no texto constitucional. E é nesta medida em que os direitos fundamentais vão se constituir em situações jurídicas (objetivas e subjetivas), definidas no direito positivo constitucional em prol da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, ligados umbilicalmente ao fenômeno estatal.

A Constituição brasileira de 1988 acaba incorporando, em seu texto, diversas normas de conteúdo principiológico⁴, orientadoras dos ideais almejados pela sociedade brasileira.

Em observância ao caráter de excelência dos princípios, é natural que eles sejam guarnecidos da melhor forma possível. Para realizar esta proteção, insere-se este tipo de prescrição no texto normativo de maior prestígio de um ordenamento jurídico, a Constituição (CUNHA FILHO, 2007, p.60).

E neste contexto, os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal (LOPES, 2001, p35). E, então, por possuírem certa carga axiológica, consagram valores ou indicam fins a serem realizados (sem explicitar comportamentos específicos), condicionando o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral de uma sociedade.

Igualmente, não há como negligenciar que nossa Constituição consagrou um Estado Democrático de Direito, necessariamente comprometido com a justiça social na medida em que positivou um significativo elenco de direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações)⁵, inclusive abrangendo os direitos sociais.

⁴ Por exemplo, podemos citar na Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁵ Segundo a visão do jurista Karel Vasak, classificam-se os direitos fundamentais segundo a época histórica do seu surgimento em: 1ª Geração (relacionados aos direitos individuais), 2ª Geração (englobando os direitos embasados no princípio da igualdade) e 3ª Geração (direitos vinculados ao princípio da solidariedade ou fraternidade).

Os direitos sociais, ditos de “segunda geração” surgiram, segundo Krell (1999, p.240), em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934).

Ao passo que na Constituição de 1988 abre-se, no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), o capítulo II, que disciplina os direitos sociais (do art. 6º ao art. 11), separando-os, entretanto, dos direitos individuais e coletivos de que trata o capítulo I – Art.5º (TORRES, 2009, p.274).

Com efeito, a extensa enumeração dos direitos sociais nos arts. 6º e 7º, inclusa na seção intitulada “Direitos e Garantias Fundamentais”, levou, por força de sua topografia constitucional, em um país com longa tradição positivista, à preponderância da tese da assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas definições administrativas de políticas públicas (TORRES, 2008, p.69). Reconhecendo-se aos direitos sociais, de forma inequívoca, o *status* de autênticos direitos fundamentais posto que criem condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade substancial entre os indivíduos.

Importante ainda destacar, que o poder Constituinte de 1988, acabou por estabelecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), onde o qualificativo de “social” não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar, pelo menos, mínimo de condições para uma vida digna (SARLET, 2008, p.169).

Noutro aspecto, parte da doutrina brasileira, defende a ideia de que os direitos sociais abrangeriam as funções tanto de direitos prestacionais (positivos) quanto de direitos defensivos (negativos), partindo-se do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito (SARLET, 2008, p.167). Assim, por exemplo, o direito social à saúde será tido por direito negativo quando se cuida em afastar eventuais condutas que venham a violar a saúde das pessoas (direito de defesa), mas será considerado direito a prestações (isto é, direito positivo), quando se estiver a considerar um direito de acesso aos serviços e bens na área da saúde (SARLET, 2003, p.353).

2 O direito à moradia na Constituição Federal:

A necessidade de fixar um lugar ao qual a pessoa (e sua família) irá se estabelecer para atender seus interesses mais básicos, ganha novas conotações na ordem jurídica atual, mormente em nosso direito, já que partindo de sua definição, busca-se a proteção do indivíduo.

Souza (2008, p.44) chega a conceituar moradia como um “bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido”.

Trata-se de um bem jurídico inerente à pessoa, e independe das condições físicas do objeto para a sua existência e proteção. O que remonta a uma diferença axial com os conceitos de residência e habitação, que, apesar de sua conectividade, não podem ser confundidos.

Enquanto a moradia é considerada como elemento essencial do ser humano⁶ e um bem extrapatrimonial (pois constitui um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil). A residência ganha conotação de simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação seria o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel (SOUZA, 2008, p.44).

Ainda sobre a amplitude conceitual de moradia, importante destacar que a expressão não abrange apenas uma referência à titularidade imobiliária (como propriedade), mas também todas as formas de posse sobre bem imóvel aptas a conferir condições dignas de habitabilidade à pessoa.

Quanto à abrangência do direito à moradia, esta deve ser compreendida com base nos preceitos jurídicos de proteção à pessoa humana, considerando-o indivisível, interdependente e inter-relacionado com os demais direitos fundamentais da personalidade, como o direito à vida, direito à igualdade, direito de não sofrer nenhuma forma de discriminação, direito à inviolabilidade de domicílio, direito à segurança e ao meio ambiente saudável (SAULE JÚNIOR, 2004, p.133).

⁶ Por ocasião da Declaração de Vancouver sobre assentamentos humanos – Habitat I (1976), restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana.

E nesta íntima e indissociável vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pelo menos naquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna (VIANA, 2000, p.9), é que verificamos que a Constituição Federal brasileira, consagra expressamente o direito moradia:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 26, de 2000, e nº 64, de 2010)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Levando, ainda, em consideração o silêncio de nossa Constituição no que diz respeito à definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia (SARLET, 2003, p.348), este poderá assumir, em certas oportunidades, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, de modo à justificar uma noção de propriedade conectada com sua função social e com às exigências de uma vida digna, senão vejamos no texto constitucional:

Art.5º

(...)

XXVI - 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;

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Note-se, também, que, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 26, o direito à moradia já era, indiretamente, aludido na Constituição Federal, quando declarava que a casa é asilo inviolável (artigo 5º, inc. XI), sede dos direitos à intimidade e à privacidade (artigo 5º, inc. X), bem como ao salvaguardar a dignidade humana (artigo 1º, inc. III), da qual a moradia é uma condição indissociável (VILLAS-BÔAS, 2008, p.83). Assim, o núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade (SAULE JÚNIOR, 2004, p.133).

Tais diretrizes constitucionais acabam por revelar, ainda que de modo emblemático, que o direito à moradia não pode ser interpretado restritivamente como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” a ser disponibilizado em programas assistenciais do governo para aqueles que necessitam. É mais do que isso, é premissa que busca compatibilizar a moradia (em suas várias dimensões) com uma existência digna, onde o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa (e proteção) e de direito a prestações, vinculando, em tese, não só o Estado como também os particulares.

3 Dimensões do Direito à moradia – complexo de direitos de cunho negativo e positivo:

Para além de uma concepção tradicional de direitos sociais, na qual estes se apresentariam apenas na condição de direitos a prestações estatais (vinculadas diretamente à destinação, à distribuição e criação de bens materiais), apresentamos uma visão bidimensional do direito fundamental à moradia.

Conciliando a fórmula de Alexy⁷ às premissas de nossa Constituição de 1988, Sarlet (2003, p.351-352) sustenta que o direito à moradia, na condição de direito fundamental, abrangeria um complexo de posições jurídicas (direitos e deveres), que assumiriam, simultaneamente, a condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional), incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático), e, nesta dupla perspectiva, vincularia as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito.

⁷ Alexy (2008, p.195-196), ao falar sobre Direitos Fundamentais, afirma que no âmbito dos direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de “direitos de defesa”. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações”.

No que diz respeito à chamada dimensão negativa (também tida por função defensiva), verifica-se que a moradia, como um bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de agressões de terceiros. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja por meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio dos instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica (SARLET, 2003, p.361-362).

Ao passo que, além da imposição de um dever de respeito e não violação desse direito (dimensão negativa), o direito à moradia também abrangeria a necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz à sociedade, o que corresponderia à dimensão positiva (prestacional) dos direitos sociais, reclamando prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na sua condição de Estado Social de Direito frente aos cidadãos.

Saule Júnior (1999, p.79), ao tratar do direito à moradia, ratifica que o Estado deve conceber a moradia sob 2 aspectos:

Essa obrigação na verdade tem dois aspectos. Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia [...]

O outro aspecto da obrigação do Estado Brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado, referente a política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia.

Segundo as diretrizes sustentadas acima, na argumentação de uma dupla dimensão aos direitos fundamentais, fica evidenciado o seu alcance à boa parcela dos direitos sociais previsto na Constituição, onde notadamente exercem, simultaneamente, funções defensivas e prestacionais.

4 A fiança locatícia e o direito à moradia, interpretados nos Tribunais Superiores:

Sob a perspectiva jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões monocráticas, **inicialmente**, pautou um entendimento valorativo da demanda social, invocando os princípios da isonomia e da hermenêutica para incluir na regra da impenhorabilidade o bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel, por se tratar de direito fundamental à moradia, que a todos obriga, conforme ilustra o trecho abaixo:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": **sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. (...)** Autos conclusos em 20.4.2005. Decido. Ao julgar o RE 352.940/SP, em 26.4.2005, escrevi: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (...) A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.' É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: 'Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.' Em trabalho doutrinário que escrevi 'Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil' (...) registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. **Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais (...)**. Isto quer dizer que, **tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.** Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família, Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo

encontra garantia na Constituição. **Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento**, Publique-se. Brasília, 27 de abril de 2005. (RE 449657 / SP - Relator(a) Min. CARLOS VELLOSO – Julgamento - 27/04/2005) - **grifo nosso**.

Em oscilação ao propósito anteriormente defendido, o mesmo Supremo Tribunal Federal, agora através de seu plenário, revendo sua orientação jurisprudencial, em julgamento de Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, ocorrido em 08 de fevereiro de 2006, por maioria de votos e nos termos do voto do relator, Ministro Cezar Peluso, proferiu julgamento que se distanciou dos mencionados valores e ideais que privilegiavam os direitos humanos fundamentais, favorecendo o cunho econômico das relações obrigacionais. Considerando, assim, constitucional a norma prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8.009/90:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. **A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República** (RE 407688-8 SP, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147) – **grifo nosso**

Nessa perspectiva, o foco do assunto tratado nas decisões, acima referidas, do Supremo cinge-se em saber se a penhorabilidade do bem de família (único bem) do fiador em contrato de locação (*art.3º, inc. VII, da Lei Federal nº 8.009/90*) persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

Embora não se pretenda adentrar todos os aspectos debatidos na decisão sobre a penhora do único imóvel do fiador, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados nos votos dos respectivos ministros no plenário do Supremo Tribunal Federal.

A maioria dos votos evocou princípios constitucionais em sua fundamentação, que foram utilizados ora para conceder ora para negar o recurso.

O Relator do processo, Ministro César Peluso, após ter reconhecido que o direito à moradia, enquanto direito social, também constitui direito subjetivo que “compõe o espaço

existencial da pessoa humana”. Ressaltou ainda os inúmeros modos ou formas que o Estado poderia concretizar esse direito:

[...] 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 da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entra na classe dos chamados direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos

[...] 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 1990⁸.

O voto do relator, de manutenção e de constitucionalidade da incidência da penhora sobre o bem de família do fiador em contrato de locação, foi seguido pelos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

Em tese contrária ao voto do relator, e em posição minoritária no referido julgamento, foram vencidos os votos dos ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

Aliás o ministro Celso de Mello, um dos três votos divergentes, argumentou sobre o teor de subsistência da moradia:

[...] Refiro-me à questão pertinente à eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República.

[...] permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família⁹.

Convém, ainda, destacar as palavras do ministro Eros Grau, outro que votou pela tese contrária, que em síntese temos:

A penhora incidiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador [...]

[...] A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da

⁸ Trechos do voto do ministro relator, César Peluso, por ocasião do julgamento, pelo Pleno do STF, do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, ocorrido em 08 de fevereiro de 2006.

⁹ Trechos do voto do ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento, pelo Pleno do STF, do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, ocorrido em 08 de fevereiro de 2006.

pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual¹⁰.

Forçoso constatar que as decisões proferidas foram permeadas de grande carga valorativa e que os argumentos apresentados visaram fornecer racionalidade ao discurso e motivação às decisões. Demonstrando, pois, que a doutrina e a jurisprudência estão longe de um entendimento uniforme e pacífico sobre o tema, num contexto de desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade às relações privadas.

Conclusão

Por todo o exposto nos tópicos anteriores, a respeito de uma definição mínima de conteúdo para o direito à moradia, vimos que esta poderá assumir, em certas oportunidades, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, de modo a justificar uma noção de propriedade conectada com sua função social e com às exigências de uma vida digna. Apesar dos termos “propriedade” e “moradia” apresentarem, ainda que inicialmente, conteúdos distintos.

Isto é, enquanto a propriedade, numa dimensão subjetiva-individual, pretende assegurar ao seu titular o exercício das faculdades de usar, gozar, dispor e reaver os bens juridicamente tutelados (RODRIGUES, 2008, p.173). A moradia pressupõe todas as formas de posse sobre bem imóvel, aptas a conferir condições dignas de habitabilidade à pessoa.

Não obstante, ao se falar em preservação da dignidade da pessoa humana e, em especial, em preservação da dignidade do núcleo familiar¹¹, a extensão dos referidos conteúdos de propriedade e moradia se entrelaçam, de forma que, a propriedade passa a ser qualificada pela essência de moradia, remetendo, daí, à noção de propriedade funcionalizada à proteção de um acervo mínimo de bens, a fim de garantir a subsistência.

E seguindo esta ordem de pensamento, a ideia de um patrimônio mínimo concatenado com a dignidade humana também está ajustada ao princípio da função social da propriedade, como podemos inferir, por exemplo, em relação à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, constitucionalmente prevista no artigo 5º, inc. XXVI, vez que se entende que tal gleba se destina à subsistência do proprietário e sua família (VILLAS-BÔAS, 2007, p.82).

¹⁰ Trechos do voto do ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento, pelo Pleno do STF, do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, ocorrido em 08 de fevereiro de 2006.

¹¹ Desdobramento este no mesmo sentido em que se encontra no art. 226 da Constituição, que dispensa à família especial proteção do Estado.

Percebe-se, portanto, relevante aproximação da tese do mínimo existencial¹² com a ideia de estatuto do patrimônio mínimo¹³, onde o conteúdo deste estaria contido na de mínimo existencial, representando a face patrimonial deste.

Destarte, o debate erigido sobre o direito à moradia, no acima vergastado acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que pese os posicionamentos divergentes dos ministros, levou preponderantemente em consideração a jusfundamentalidade da moradia (não em um sentido restritivo de sua topografia constitucional nos direitos sociais), mas sim no sua dupla dimensão, uma de aspecto negativa (direito de defesa) e outra no aspecto positivo (consubstanciado na entrega de prestações estatais materiais aos desfavorecidos).

Considerando, ainda, que a penhora incidente sobre um imóvel residencial (na sua condição de bem de família) constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (em sua dimensão defensiva), tendo visto ser uma restrição e não mera regulamentação.

Na verdade, sem invalidar o legítimo interesse dos credores, ao propugnarmos o alcance da impenhorabilidade do único bem residencial do fiador, deslocamos dos bens o referencial da tutela jurídica, direcionando-o para a pessoa do garantidor e a proteção de sua família.

Não se vê, assim, óbice em admitir a impenhorabilidade do único bem imóvel do fiador, o que se afirma sem a preocupação de que tal circunstância vá inibir a locação. Portanto, naquilo que já propugnávamos como sendo garantia à preservação de isonomia de tratamento, agrega-se o reconhecimento da moradia para além de um conceito estrito de direito prestacional social.

Defender o contrário levaria à situação absurda de somente resguardar o único bem imóvel do locatário (que é o principal devedor, na condição de afiançado), permitindo, conseqüentemente, que o patrimônio residencial único do fiador (na sua condição de garantidor) fique totalmente desprotegido e sobre ele recaia a penhora para satisfação do crédito do credor¹⁴.

¹² Sobre o tema confira Torres (2009, p.36): “Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

¹³ Confira Fachin (2006, p. 278): “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam”.

¹⁴ Tucci (2003, p.125) defende que: “Ora, se o imóvel residencial do locatário não pode ser penhorado, visto que ele está amparado pela lei 8.009, afronta a isonomia constitucional a inserção da penhorabilidade do imóvel residencial do fiador que é garante e que, somente por imposição de cláusula contratual por adesão, renuncia ao benefício de ordem, respondendo pelo débito do afiançado como principal pagador”.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. *Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil 15.02.2000.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil 30.03.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 449657/SP, prolatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO em 27/04/2005 (DJ 09.05.2005, p. 114).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407688-8/SP, prolatado pelo Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal do Pleno, em 08/02/2006 (DJ 06.10.2006).

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Identificação e importância dos princípios na vigente Constituição do Brasil**. Fortaleza: Pensar, v. 12, mar 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante o controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 36, nº144, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio Cultural: a propriedade dos bens culturais no Estado Democrático de Direito**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistência e desafios à sua eficácia e efetividade**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Ano 2008, v. 1, nº 6.

_____. **O Direito fundamental a moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Canoas: Direito e democracia: revista de ciências jurídicas. Ano 2003, v. 4, nº 2.

SARMENTO, Daniel apud MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

_____. **Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis.** São Paulo: Polis e Max Limonad, 1999.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **O direito à moradia.** Revista de Direito Privado. Abril/junho 2000.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Nº15. Ano: 2007.2. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2008.