

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA-UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JEFFERSON MATOS ROSSETO

**DIREITO A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

**MARÍLIA
2015**

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JEFFERSON MATOS ROSSETO

**DIREITO A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientação: Iara Rodrigues de Toledo

JEFFERSON MATOS ROSSETO

**DIREITO A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., para a obtenção do título de Mestre em
Direito. Área de Concentração: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Resultado:

ORIENTADORA: Prof.^a Dr.^a Iara Rodrigues Toledo

1º EXAMINADOR: Prof.º Dr.º Teófilo de Area Leão Junior

2º EXAMINADOR: Prof.º Dr.º Fabio Alexandre Coelho

Marília, __ de _____ 2015

Rosseto, Jefferson Matos.

Direito a Moradia Como Direito Fundamental e a Impenhorabilidade do bem de família do fiador/Jefferson Matos Rosseto; Orientadora: Iara Rodrigues de Toledo. Marília, SP: [s.n.], 2015.103 fls.

Trabalho de conclusão do Mestrado em Direito, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2015.

1. Direito á Moradia como Direito Fundamental 2. Impenhorabilidade do bem de família do fiador 3. Fiador.

CDD:

Dedico à memória do meu avô Benedito da Silva Matos que me ensinou que sempre existe algo a mais naquilo que podemos ver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter-me concedido a oportunidade de trilhado esse caminho. Sem ele com certeza não teria conseguido ao menos ter iniciado e só por força dele que consegui suportar todos os problemas que vieram no decorrer; quando imaginei que eu não iria suportar, por mais difícil que fosse o obstáculo, percebi que foi Ele que me carregou nos seus braços para que eu pudesse suportar e confesso que não foram poucos os obstáculos. Todos os outros agradecimentos são secundários e dependem exclusivamente Dele.

Agradeço também a minha orientadora, fonte de grande saber que sempre, com muita paciência, me incentivou a escrever este trabalho.

Meus agradecimentos a Procuradora do Município de Bauru e Coordenadora do curso de direito da Faculdades Integradas de Bauru, Mestra Claudia Fernanda de Aguiar Pereira que me fez enxergar o que nunca antes tinha visto a nobreza da docência.

Meus agradecimentos a minha esposa que me incentivou e se privou da minha companhia durante todo esse tempo, mas sempre me encorajando.

Aos meus filhos que são presentes maravilhosos que Deus me concedeu.

"A injustiça, por ínfima que seja a criatura vitimada, revolta - me, transmuda - me,
incendeia - me, roubando - me a tranquilidade e a estima pela vida"

Rui Barbosa

ROSSETO, Jefferson Matos. **Direito a Moradia como Direito Fundamental e a Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador**. 2015. 103 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

O tema proposto deu-se face às diversas discussões acirradas e divergentes, existentes sobre o assunto, tanto na linha de raciocínio doutrinário quanto no entendimento da jurisprudência pátria, frente ao ordenamento jurídico existente. As decisões de nossas Cortes têm demonstrado a preocupação com o outro lado desse problema, em que aquele que disponibiliza seu imóvel para que seja locado precisa ter uma segurança no que tange aos frutos esperados, sob pena de optar por manter o imóvel desocupado a alugá-lo, aumentando assim os preços dos aluguéis no mercado imobiliário, provocando a mesma espécie de problema, ou seja, a falta de moradia, malogrando o que vem a ser, quiçá, o maior anseio de milhões de brasileiros. Oportunamente, cumpre destacar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem discordâncias a respeito da matéria, enfoque deste trabalho, formando, portanto, um terceiro entendimento, assegurando o direito de moradia de todos, sem ferir o princípio da isonomia. Este estudo tem como objetivo aprimorar o conhecimento e contribuir com a corrente minoritária, a fim de lançar mãos de outros meios e encontrar outras garantias para o crédito em execução. Desta forma, torna-se relevante a discussão deste assunto, à medida que, no cerne desta questão, está envolvido um direito fundamental expresso em nossa Constituição, ou seja, o direito à moradia, devidamente constante na redação do art. 6º, da nossa Carta Magna, especificamente quando representado pelo único bem de família do fiador.

Palavras-chave: Impenhorabilidade. Fiador. Bem de Família. Direito à moradia. Mínimo existencial.

ROSSETO, Jefferson Matos. **Direito a Moradia Como Direito Fundamental e a Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador**. 2015. 103 fls. Trabalho de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

The proposed subject was given because of several controversies about it, either on the doctrine as the understanding of national jurisprudence. The decisions of our courts have shown the concern with the other view of this problem, on which the one that provides your own property to be rented, needs security in relation the expected fruits, under penalty of opt for keep the property vacant to rent it, thereby increasing rental prices in the real estate market, leading to the same kind of problem, namely, the lack of housing, sabotaging what comes to be, perhaps, the greatest aspiration of millions of Brazilians. Opportunely, it should be emphasized that in the Supreme Court acquaintance there are disagreements regarding the subject of this research, forming a third understanding, ensuring the right to housing for all, without hurting the principle of equality. This study aims the improving the knowledge and contribution to the minority doctrine, in order to find other warranties for credit under the legal execution. Thereby, it becomes relevant the discussion of this matter, because, this involves an explicit fundamental right of our Constitution, namely the right to housing, properly contained in the text of article. 6 of our Constitution, especially as represented by the single family property of the guarantor.

Keywords: Unseizability. Guarantor. Family Property. Right to Housing. Existential Minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1- GARANTIA LOCATÍCIA.....	14
1.1 Impenhorabilidade	15
1.2 Da impenhorabilidade do bem de família do casal ainda que separados.	16
1.3 Da Função Social e equilíbrio econômico do contrato de locação.....	17
1.4 O Contrato de Locação e a Fiança.....	19
1.5 A exceção da fiança.....	22
CAPÍTULO 2 - DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL	25
2.1 Direito à moradia e dignidade da pessoa humana na Constituição Econômica	31
2.2 Bem de família e sua função social	34
2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 e sua função hermenêutica.....	37
2.4 Características dos Direitos Fundamentais.....	40
2.5 O Problema da Justa Distribuição dos Direitos Fundamentais.....	45
CAPÍTULO 3 - A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA NOS TRIBUNAIS.....	52
3.1 Mínimo Existencial como Núcleo da Dignidade da Pessoa Humana e a Reserva do Possível.....	54
3.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais e a Exigência de sua Concretização Perante os Tribunais.....	61
CAPÍTULO 4-RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA	66
4.1 Aluguel Social.....	73
4.2 Possibilidade da Penhora	75
4.3 Necessidade da Penhora	78
CAPÍTULO 5- INCONSTITUCIONALIDADE	79
5.1 Projetos de Lei Nº 6.413/2009 e 6.096/2013.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS	87
ANEXOS.....	93

INTRODUÇÃO

O direito à moradia é um dos direitos que possibilitam a garantia da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve ser considerado, em todas as fases da vida do ser humano. Para tanto, é importante, entendermos o conceito deste bem tão importante assim como o estudo de sua origem, a fim de compreendermos a necessidade e a importância deste estudo, e sua contribuição no âmbito acadêmico, quanto para a sociedade.

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ANEXO A) e, foi recepcionado e propagado na Constituição Federal, por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26 que trata do direito à moradia.

A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2.000, ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles, a moradia. Entrando em vigor no dia 15/02/2000, data da sua publicação.

Especula-se que Constitucionalização do direito a moradia, na esteira dos direitos fundamentais do ser humano possui aplicabilidade imediata, não dependendo, portanto de legislação específica para garantia de tal direito. Mesmo com esta garantia constitucional, ainda existe grande problema que se alastra há décadas em nosso país, e pelo que as evidências nos mostram, tende a persistir por muitos e muitos anos, que é a falta de moradia, ou até mesmo de moradia digna a todos as pessoas. A manutenção deste direito é um grande desafio em nossa sociedade, onde aproximadamente 50 milhões de pessoas, segundo De Carli (2009, p.09), vivem em favelas no território brasileiro, sem mencionarmos as pessoas que vivem na rua, aqueles denominados os sem-teto. Neste sentido, este trabalho se norteia sobre a égide da nossa Carta Magna, a garantia à dignidade da pessoa humana.

Segundo ainda entendimento da autora, o germe do problema da habitação no Brasil já podia ser detectado no final do século XIX e início do século XX, se agravando a partir da década de 40, período em que era notório o acentuado descontrole do espaço urbano, com o crescimento de cortiços e outras habitações de forma coletivas, onde as pessoas viviam sem qualquer estrutura adequada, sem privacidade e expostas a todo e qualquer tipo de perigo, seja de ordem física ou moral. Diante da situação apresentada à possibilidade de acesso a moradia, segundo De Carli (2009, p.10) passou

a ser tratada pelo poder público não apenas como concretização do direito de habitação, mas, sobretudo, como forma de garantir a ordem, a moral e os bons costumes.

Vale dizer que por muito tempo, a moradia não era considerada matéria de direito público. A essencialidade do direito a moradia para o desenvolvimento humano não pode ser rechaçada em função de diversas doutrinárias e até jurisprudenciais quanto à natureza jurídica, se integra ou não o rol de direitos fundamentais, porquanto tal direito é pressuposto para realização de outros valores fundamentais, tais como: a vida, a privacidade, a saúde, o acesso a oportunidade de trabalho e de cidadania.

A presente pesquisa apresenta como objetivo demonstrar os motivos lógicos que ensejam uma discussão baseada na doutrina e jurisprudência frente à legislação pátria em consonância com a nossa Carta Magna, no sentido de defender e preservar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da isonomia entre particulares pactuantes. No presente trabalho, iremos nos ater sobre a o direito a moradia como direito fundamental, onde o pesquisador procura através de literatura já publicada, saber sobre o tema proposto, realizando a técnica de documentação indireta, isto é, pesquisa bibliográfica. Trata-se de uma pesquisa descritiva; portanto, um estudo transversal e único.

O presente tema se faz relevante frente ao impasse das correntes doutrinárias existentes e por oportunas bem distintas quando do lançamento de suas teses jurídicas, mesmo com o posicionamento jurisprudencial, mencionado neste projeto, emanado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que, é passível de penhorabilidade o único bem de família do fiador, basicamente, fundamentado no diploma legal em espécie, que rege a matéria em comento

Coadunam com o mesmo entendimento da Suprema Corte os partidários à tese da penhorabilidade, logicamente fundamentada, no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, que possibilita penhorar o bem de família do fiador de determinado contrato locatício.

Acompanhado desta tese de penhorabilidade, enfatiza Sica (2003, p. 23-56), que a norma contida na redação do caput do art. 6º da Constituição Federal é de eficácia limitada, ou seja, carecendo por parte do Estado de regulamentação posterior, sem a qual não existiria, neste sentido, eficácia plena.

Por outro lado, existem os defensores da tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador, o qual defende este autor, trazendo ao presente ensejo a aplicação da Emenda Constitucional nº 26/2000, como norma de eficácia plena e, portanto, de aplicação imediata.

A fim de atender este objetivo, será utilizada como teoria de base a revisão crítica do contexto histórico-social, considerando-se a posterior inserção jurídica ao tema. Ademais, será realizada revisão crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, visando contribuir e explicitar uma pesquisa teórica e ampla sobre o assunto em tela, sistematizando assim, estudos acerca da crítica aos fundamentos da dogmática jurídica existente frente ao tema proposto. Como critério de seleção, adotou-se a abordagem específica da problemática em questão.

Neste sentido, esta pesquisa contribuirá para o avanço à obediência a hierarquia das normas, em que uma norma maior deve ser aplicada em detrimento de uma norma menor, e principalmente na defesa do direito a moradia como direito fundamental, devidamente fundamentados sobre a égide da nossa Carta Magna, em respeito, consequentemente à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho não tem a aspiração de acerrar todos os aspectos que a impenhorabilidade do bem de família em fiança locatícia pode ensaiar, pois é certo que o tema ainda será objeto de análises profundas. Entretanto, procura trazer em seu conteúdo, posições controversas e, por fim, uma conclusão isenta e baseada nos diversos aspectos do tema.

1 - GARANTIA LOCATÍCIA

Inicialmente, em vista do tema da presente pesquisa, deve-se, antes de adentrar o tema, analisar as garantias locatícias dos bens imóveis, fazendo um breve estudo do contrato de locação e de suas principais implicações.

Utilizando conceito nas palavras de Monteiro, Maluf e Dabus (2010, p. 183), “O contrato de locação, que na terminologia do Direito romano se chamava *locatio et conductio*, tem por objeto coisas e serviços. Quer de coisas, quer de serviços, é um dos contratos mais usuais e mais necessários”.

Com destaque, também, na definição de Aubry; Rau et. al. (1916):

Locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração que a outra se obriga a pagar, se compromete a fornecer-lhe ou a procurar-lhe, durante certo tempo, o uso e gozo de uma coisa (locação de coisa), a prestação de um serviço, ou a execução de um trabalho determinado (empreitada) (Aubry; Rau et. AL, 1916, p. 262).

Pois bem, dada a definição desses autores em destaque, sobressaem 03 (três) espécies de locação. São elas: de coisas, de serviço e empreitada.

Ao discorrer sobre as garantias locatícias, Casconi e Amorin (2004), observam que:

A par da obrigação assumida pelo devedor, a contratação de uma garantia reforça a dele, aumentando a segurança do credor quanto ao recebimento de seu crédito. O ordenamento prevê além da garantia fiduciária, que não nos interessa no caso, as seguintes espécies de garantia: reais (hipoteca penhor e anticrese): quando o devedor dá um bem móvel ou imóvel para responder preferencialmente pelo resgate da dívida; pessoais ou fidejussórias: quando terceira pessoa se propõe a pagar a dívida, em lugar do devedor, se este não o fizer (CASCONI, AMORIM, 2004, p.62).

As garantias locatícias são cuidadas pela Lei 8.245/91, na Seção IV, do Capítulo I, do Título I.

Em seu artigo 37, prescreve a Lei:

No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I – caução; II – fiança; III – seguro de fiança locatícia “(BRASIL, 2014). E a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (BRASIL, 2014).

Sobre a caução, dispõe o artigo 38, que poderão ser bens móveis ou imóveis. Aqueles deverão ser registrados em Cartório de Títulos e Documentos; estes deverão ser

avermados à margem da respectiva matrícula, também para dar publicidade ao ato e ter efeito *erga omnes* (contra terceiros).

Dispõem, ainda, os parágrafos 2º e 3º, desse mesmo artigo, que a caução em dinheiro não poderá ultrapassar o valor equivalente a três meses de aluguel e deverá ser depositada em caderneta de poupança, autorizada e fiscalizada pelo Poder Público, e os rendimentos dela decorrentes, por ocasião do levantamento da soma respectiva, reverterão em benefício do locatário. Já a caução em títulos e ações deverá ser substituída, no prazo de 30 dias, em caso de concordata, falência ou liquidação das sociedades emissoras.

A terceira modalidade de garantia, o seguro de fiança locatícia, abrangerá a totalidade das obrigações do locador. É o que edita o artigo 41 da Circular nº. 347/2007 expedida pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), que aprovou novas condições para este seguro, o que será abordado mais adiante.

1.1 Impenhorabilidade

No Brasil, e assim como em outros países, o imóvel destinado à habitação da família passou a receber proteção especial, impossibilitando a constrição judicial do imóvel residencial próprio do casal ou da família, incluindo os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Em outras palavras, pela regra do art. 1º, da Lei nº 8.009/90, ao propor uma ação em face de uma pessoa, seu imóvel residencial, seja do casal ou da família, não está sujeito à penhora se houver condenação judicial.

Para melhor esclarecimento, colacionam-se os artigos 1º e 5º da lei mencionada, que rezam:

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

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

[...]

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá

sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil (BRASIL, 2014).

A impenhorabilidade do bem de família foi legalizada pela Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, segundo a qual, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, não obtemperando por dívida de qualquer natureza, adquirida pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus donos e neles morem, salvo nas hipóteses legalmente previstas.

Com a Lei nº 8.245, de 1991, foi junto no artigo 3º da Lei nº 8.009, ou mais, exatamente, através do inciso VII, que a impenhorabilidade não poderia ser contrária no processo de execução por obrigação passada de fiança concedida em contrato de locação.

Embora a constitucionalidade da exceção conjeturada para os casos sucedidos de fiança locatícia já apresentasse objeto de discussões nas mais diversas instâncias judiciais, é apropriado que a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2001, considera a moradia como um direito social, fato que agenciou uma relevante mudança nesse quadro, acendendo várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Nos dias de hoje, o Supremo Tribunal Federal (STF) deliberou, por maioria de votos, nos autos do Recurso Extraordinário 407.688, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso, possibilitar a penhora do único bem de família do fiador no contrato de locação.

A decisão tomada, rebatida por muitos, parece não ter colocado fim à discussão, haja vista, que o próprio STF já pronunciou decisões em sentido contrário manifestadas nos Recursos Extraordinários 352.940 e 449.657.

1.2 Da impenhorabilidade do bem de família do casal ainda que separados

Apenas com o intuito de fazer valer a esfera da função social da propriedade para o qual se destina e por todos os institutos que a regulam, deve-se colacionar pequeno trecho de decisão da 1ª Turma do STJ, na questão em que persiste a impenhorabilidade do bem de família mesmo com a separação dos cônjuges.

A impenhorabilidade do bem de família visa a resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar. Após a separação, cada cônjuge passa a constituir uma nova entidade familiar, merecendo a proteção jurídica da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Com esse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça

(STJ) confirmou a liberação de imóvel penhorado, no qual reside a ex-mulher em Santa Catarina.

O caso trata de ação na qual a executada pretende a liberação definitiva do seu imóvel, que está penhorado, sustentando que, logo após a ocorrência da separação judicial de seu cônjuge, o imóvel passou a constituir bem de família, visto que constitui seu único bem domiciliar.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região concluiu que o imóvel deve ser integralmente liberado da penhora, por constituir um bem de família. “Como o imóvel penhorado na execução ora embargada pertence à embargante, cabendo ao executado outros bens, dentre eles um imóvel [...], deveria o referido bem ser parcialmente liberado da constrição no tocante à meação do executado. Todavia, como o imóvel objeto da constrição para garantia do juízo de execução fiscal é impenhorável, posto que residencial, constituindo-se em bem de família, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, deve ser integralmente liberado da penhora”, afirmou a decisão.

O Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) recorreu dessa decisão sustentando que a penhora foi lavrada anteriormente à instituição do bem penhorado como sendo bem de família, razão pela qual a alienação do bem para a ex-mulher após a separação judicial configurou fraude contra credores.

Para o relator, ministro Luiz Fux (2008), a impenhorabilidade do bem de família visa a resguardar não somente o casal, mas a própria unidade familiar. No caso da separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao contrário, surge uma duplicidade da entidade composta pelo ex-marido e a ex-mulher com os respectivos parentes.

Assim, afirmou o ministro Fux (2008) que a preservação da entidade familiar se mantém, ainda que o cônjuge separado judicialmente venha a residir sozinho. Desse modo, a proteção da Lei nº 8.009/90 garantirá a impenhorabilidade do cônjuge varão e a nova entidade familiar que constituiu.

1.3 Da função social e equilíbrio econômico do contrato de locação

A preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual. O contrato passou, então, a ter *função social*, num fenômeno semelhante ao ocorrido com a propriedade. Essa mudança, onde

a noção de equidade, de boa-fé e de segurança, enfim, de justiça, passaram a ser o centro de gravidade da teoria dos contratos e, levou à chamada socialização da teoria contratual.

Nessa esteira, pode-se observar que o significado e o alcance do contrato refletem-se nas relações econômicas e sociais de cada momento histórico. O modelo clássico (liberal e tradicional) apresenta-se inadequado aos atos praticados na atualidade, porque são distintos os seus fundamentos, configurando-se uma barreira às mudanças sociais. O conteúdo conceitual e material e a função do contrato mudaram, para adequá-lo às exigências da concretização de uma justiça social, que não é só dele, mas de todo o Direito.

A funcionalização dos institutos jurídicos configura uma matéria indispensável numa perspectiva constitucional de releitura do Direito Civil e, conseqüentemente, dos contratos em geral e, como já dito anteriormente, de todo o direito, podendo mencionar nessa oportunidade a função social da propriedade.

Necessária se faz uma correlação entre os princípios da função social da propriedade e do contrato, levando-se em conta que tanto a propriedade como o contrato, em suas formas originais e clássicas, se manifestaram com exacerbado individualismo e com a ideia de intangibilidade.

[...] uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento - ou o reconhecimento - de desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais (AZEVEDO, 1998, p.87).

Foi importante a profunda repercussão que alcançou o princípio da função social da propriedade, através do fenômeno da funcionalidade condicionadora de seu uso. Nesse ponto, importante se faz a atenção dos juristas e legisladores para compreenderem que não é apenas esse instituto que possui uma função social a cumprir, mas sim que, esse princípio projeta-se a outros institutos de Direito Privado, condicionando-os e impregnando-os em suas essências.

1.4 O Contrato de Locação e a Fiança

A fiança é sem dúvida a forma tradicionalmente mais utilizada de garantia nas locações, embora a lei sugira outras, até mais eficientes.

Trata-se de forma peculiar de contrato, pois é uma garantia pessoal que assegura o cumprimento das obrigações do locatário, o verdadeiro devedor, muitas vezes por amizade, embora a fiança remunerada esteja presente com certa frequência. É caso típico em que se dissociam os dois elementos clássicos da obrigação: o débito e a responsabilidade. Poderão observar que no contrato de fiança somente existe a responsabilidade, haja vista que o débito não pertence ao fiador, mas sim ao afiançado.

Na atual lei inquilinária, já no tocante às referências das agruras próprias dessa garantia pessoal, estimula-se a caução de bens de qualquer natureza.

Ensinam Monteiro, Maluf e Dabus (2010) que:

O Código Civil de 2002 disciplina a fiança em três Seções diferentes: a) a primeira destinada às disposições gerais (art. 818 a 826); b) a segunda, compreensiva dos efeitos da fiança (art. 827 a 836); c) a terceira, finalmente relativa à extinção da fiança (arts. 837 a 839) (MALUF e DABUS, 2010, p.413).

O instituto da fiança é conceituado pelo art. 818 do CC/02, nos seguintes termos: pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma prestação assumida pelo devedor caso este não a cumpra.

Podemos então afirmar que a fiança é, antes de tudo, obrigação acessória que pressupõe, necessariamente, existência de obrigação principal, de que é a garantia. Por exemplo, num contrato de locação com fiança, este é acessório daquele. Sem prova da existência do contrato principal, não se pode acionar o devedor para o cumprimento da obrigação.

Podem ser fiadores todas as pessoas que tenham a livre disposição de seus bens. Observando, todavia, que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no Regime de Separação absoluta, prestar fiança consoante artigo 1.647, do CC, em seu inciso III., se o cônjuge prescindir desta anuência, nula será a fiança, pois não basta que o cônjuge tenha tido ciência da fiança prestada pelo outro; exige a lei, para a respectiva validade, que haja ele dado sua outorga e só o próprio cônjuge pode arguir a falta de outorga do outro. Nota-se, contudo, que não poderá ser decretada a nulidade *ex officio*.

Quanto às espécies, a fiança pode ser: convencional, legal ou judicial, segundo resulte do contrato, de disposição de lei ou de exigência do processo.

A fiança legal está prevista nos artigos 180, 260 inciso II, 495, 1.305, parágrafo único e 1.400, todos do CC/02; no Código de Águas, art. 121; e no Decreto-Lei nº. 3.365/41 no art. 36, alínea 2.

As judiciais são as indicadas nos arts. 588, inciso I, e 925 do CPC.

A fiança pode ser classificada como civil ou comercial, segundo vise a garantir obrigações cíveis ou de natureza mercantil. Vejam, porém, que a outorga a respeito de locação de imóveis é sempre de natureza civil.

A fiança é dada por escrito conforme declinado no art. 189, primeira parte do CC. Exige o Código, portanto, forma escrita para prestação da fiança; mas não impõe maior solenidade, podendo constar de documento público ou particular, de simples carta, declaração ou outro documento, em que se mencionarão modalidade e extensão, sem exigência de termos sacramentais. Todavia, não pode ser admitida declaração constante de documento que não apresente os requisitos peculiares ao seu teor jurídico, pois o fiador só responde por aquilo que expressamente consigna no instrumento; se alguma dúvida vier a surgir, será ela resolvida em favor do fiador. Assim, fiança jamais se presume. Para que alguém possa assumir obrigação de outrem, preciso será ato expreso, formal, em que figure, de modo explícito, a responsabilidade contraída.

Por outro lado, não admite interpretação extensiva, segundo o artigo 819, segunda parte do CC/02. Aliás, constitui regra geral em matéria de interpretação contratual que os contratos benéficos, entre os quais se inclui a fiança, se interpretam restritamente, como reza o artigo 114 também do mesmo diploma legal.

O fiador responderá pelas custas e demais despesas judiciais; havendo ação de despejo por falta de pagamento de aluguel em que haja contrato de fiança, o autor deve citar igualmente o fiador. Se o não fizer, só poderá depois cobrar do fiador os aluguéis atrasados, bem como a multa, não assim as despesas judiciais desembolsadas naquela primeira ação. Citado, porém, o fiador responde não só pelos aluguéis e outros encargos, como também pelas custas e despesas da lide.

Quando alguém houver de dar fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea domiciliada no município onde tenha de prestar fiança e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação; assim reza o artigo 825, do CC/02.

O fiador há de preencher, portanto, as condições seguintes: idoneidade moral e financeira e ser domiciliado no município. Caso o fiador venha a se tornar insolvente,

ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído, conforme estipulado no artigo 826, do CC/02, e artigo 40, da Lei nº. 8.245/91.

Entre os efeitos da fiança elencados pelo nosso Código Civil, merece destaque o chamado benefício de ordem ou de excussão. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor, assim como reza ao artigo 827. A fiança é, realmente, obrigação subsidiária; a dívida não é do fiador, mas do devedor principal, sendo assim se torna justo que se verifique primeiro se este pode ou não satisfazê-la. O fiador só será acionado depois que se comprove ter sido infrutífera ou inútil a execução movida contra o principal devedor e, neste caso, podemos deixar consignado que o citado artigo não conflita com o disposto no artigo 595, do CPC.

Inicialmente a tipificação no direito material do contrato de fiança está regulado pelo Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002), cujo artigo 818 assim reza: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Em vista da análise feita em outro capítulo quando adentramos a locação, ou melhor, em uma das formas de garantir o contrato de locação e, conseqüentemente, a possibilidade de penhora daquele que presta fiança, não podemos olvidar de comentar sobre o instituto da fiança. Assim dizemos que a fiança é uma das formas de garantias que podem ser exigidas pelo locador em um contrato de locação de imóvel urbano e, apesar de ter sua base primária no Código Civil, quando a fiança é prestada em benefício de um locatário de imóvel, prevalecem, pelo princípio da especialidade da norma, as disposições especiais da Lei do Inquilinato (Lei Federal nº 8.245/91), alterada em parte pela Lei 12.112/09.

A figura tradicional do fiador como forma de garantir o cumprimento principalmente de contratos de locação de imóveis ainda é bastante comum.

A fiança é uma garantia fidejussória acessória a um contrato principal, pela qual um terceiro (o fiador) assume o compromisso do devedor em casos de inadimplemento. Já de acordo com as normas legais, quando uma pessoa física ou jurídica assume a qualidade de fiadora, implica dizer que a partir daquele momento assume a responsabilidade de assegurar, com o seu patrimônio, o cumprimento do contrato de locação.

Outra maneira de se conceituar objetivamente este instituto é que a fiança é um contrato acessório em relação a um contrato principal, no qual o fiador se

responsabiliza, com seu patrimônio, pelo cumprimento da obrigação do afiançado. Assim, a fiança é um compromisso que um sujeito assume por outro, perante terceiro.

Nas palavras de Gomes (2009, p. 159): “Haverá contrato de fiança, sempre que alguém assumir, por escrito, para com o locador, a obrigação de pagar o aluguel e demais encargos locativos, se o inquilino não o fizer”.

Podemos afirmar algumas características peculiares da fiança. São elas: (a) pessoalidade, pois é um sujeito de direitos e obrigações que se compromete com outrem a garantir o contrato; (b) forma escrita, exigida pelo artigo 819 do Código Civil; e (c) assessoriedade, ou seja, o contrato de fiança só existe em função do contrato principal, que é o contrato de locação, dessa forma, quando o contrato de locação se extingue, automaticamente também finda o contrato de fiança.

Assim podemos finalizar conceituando que a fiança é a conhecida garantia fidejussória ou pessoal, que está baseada na confiança. O terceiro deposita na mão do garante/fiador a certeza do cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado.

1.5 A exceção da fiança

Todavia, embora observemos a regra no capítulo anterior temos que a exceção, estipula que o bem de família do fiador pode ser penhorado em razão de obrigação decorrente de contrato de locação, conforme o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 (dispositivo que foi adicionado em 1991, pelo art. 82 da Lei do Inquilinato), como já dito.

Assim, como forma de resguardar a fiança como garantia locatícia (art. 37, II, da Lei nº 8.245/91), alterou-se o artigo 3º da Lei nº 8.009/90, incluindo um novo inciso VII, já reproduzido.

Souza (2009), comenta a inclusão deste inciso:

A nova exceção, acrescida ao artigo 3º da Lei nº 8.009, se impunha, no interesse do mercado, pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, já que raramente o candidato à locação conseguia um fiador que tivesse, em seu patrimônio, mais de um imóvel residencial (SOUZA, 2009, p. 390).

Porém, quando a lei tornou o bem de família do fiador penhorável, surgiram várias ações perante o Poder Judiciário a fim de derrubar o dispositivo legal, principalmente após o ano 2000, sob o fundamento de ofensa ao direito à moradia,

direito social incluso no artigo 6º da Constituição pela Emenda nº 26 de 2000. Após um período de insegurança jurídica, devido às divergências de entendimentos nos tribunais, a jurisprudência posicionou-se favorável à possibilidade de constrição judicial do imóvel do fiador que se fizesse necessária para garantir o contrato de locação, ainda que este fosse seu único imóvel, pois se entendeu que o dispositivo também visava, mesmo que indiretamente, a viabilizar o direito à moradia, especialmente para as pessoas que não possuem condições para adquirir definitivamente a propriedade imóvel. Como fica claro no trecho do julgamento do Supremo Tribunal Federal, reproduzido abaixo:

Porquanto, atendendo à própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária" (RE-AgR 464586, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgamento em 06/06/2006, DJ de 24-11-2006) (BRASIL, 2014).

Embora o posicionamento acima tenha sido objeto de divergências, atualmente, o STF consolidou o entendimento de que a exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, permitindo a execução do bem de família do fiador em contrato de locação é inteiramente constitucional, e não ofende a qualquer preceito ou fundamento na nossa Carta Magna.

Sobre a constitucionalidade do dispositivo, também o mesmo doutrinador já citado no comentário acima, Souza (2009), acrescenta:

Sempre preferimos aderir à corrente oposta, não vislumbrando a mácula de inconstitucionalidade no dispositivo ora em exame.

À uma, porque nem de leve se arranha o princípio da isonomia, cuja essência é tratar igualmente os que são iguais e desigualmente os desiguais. O fiador de contrato de locação de imóvel urbano, pelas peculiaridades desse negócio jurídico, não é igual aos demais, que se prestam a garantir obrigações de outra natureza.

[...]

À duas porque o direito à moradia, de que trata a Constituição Federal, deve ser entendido de maneira genérica, traduzindo o dever do Estado de promover e criar políticas públicas que assegurem aos cidadãos o acesso à moradia digna, através de projetos de construção de unidades habitacionais, ampliação do crédito imobiliário, redução de taxas de juros e tudo mais que se torne necessário à redução do *déficit* habitacional.

A vingar a tese de ser inconstitucional o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, introduzido pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato, todos os demais incisos também o serão, já que admitem que seja penhorado o único imóvel residencial do devedor, nas hipóteses neles referidas.

Jamais se arguiu essa tese, e nem o Pretório Excelso a proclamou, pelo que entendemos ser legal a penhora do único imóvel residencial do fiador de contrato de locação urbana (SOUZA, 2009, p. 391-392).

Não é outra a opinião de Diniz, (2009) que expõe:

Se assim é, parece-nos, ante o caráter de norma especial do art. 82 da Lei n. 8.245/91 e do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, inconstitucionalidade não há, tendo em vista que a moradia é direito social tutelado pelo Estado e não pelo particular e que o fiador, ao garantir dívida locatícia, assumiu tal risco e que as obrigações do locatário e do fiador são diferentes apesar de terem a mesma causa: o contrato de locação. Os deveres do locatário decorrem do contrato de locação feito entre ele e o locador e os do fiador do contrato de fiança entre ele e o locador; logo, o fiador, pagando o débito do locatário inadimplente ao locador, sub-rogar-se-á nos direitos do credor, podendo reembolsar-se do que despendeu em razão da garantia fidejussória, tendo ação regressiva contra o inquilino (SOUZA, 2009, p. 361-362).

Considerando que a divergência pretoriana mencionada acerca da constitucionalidade do dispositivo, expôs diversos aspectos relacionados à necessidade da penhorabilidade do bem do fiador, é relevante que se faça um levantamento e verificação dessa jurisprudência, a fim de conhecer o posicionamento de nossos tribunais superiores.

2- DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito à moradia inserida pela emenda número 26/2000 é direito fundamental, eis que se encontra, por força da lei, dentre os chamados direitos sociais localizados no artigo 6º da Constituição Federal. Por esta razão, o direito à moradia cumpre uma importante função social no Direito brasileiro, visto que alçado à condição de norma constitucional relaciona-se de maneira diferenciada com as demais normas do sistema jurídico. No caso concreto, havendo incompatibilidade com uma norma infraconstitucional, sempre prevalecerá à norma superior, isto é, o direito à moradia. Este “leve aroma moral” que se imiscui na grande maioria dos direitos fundamentais, e também no direito à moradia, é decorrente da crescente positivação dos direitos chamados naturais e tem a ver com o tratamento e reconhecimento do homem como centro das preocupações do Direito. Não que ele nunca o tenha sido, pelo contrário; a razão do nascimento e a própria finalidade das normas jurídicas é o homem que possui algo humano que é sua dignidade. Nesse aspecto é que o direito à moradia guarda relação com a dignidade da pessoa humana. Assegura-se ao sujeito que possa ter um local para habitar sozinho ou com sua família e ali, na privacidade do lar, exercer aquilo que conhecemos por liberdade na esfera privada.

O direito à moradia consiste na ocupação de um lugar, uma casa ou apartamento para nele habitar. Esse conceito não se limita ao fato de que o sujeito deve ter uma casa em seu nome ou uma casa própria, mas que seja um local onde a família possa abrigar-se de modo permanente.

Nesse sentido, o direito a moradia está intimamente ligado à função social da propriedade e à função social das cidades. Isso porque, além do fato de que, segundo a nossa Carta Maior a casa é direito inviolável do indivíduo, é nela que ele, de algum modo, exerce seu direito a uma vida digna.

A importância do direito a moradia, dentre os direitos sociais se nota, visto que houve emenda constitucional, a de número 26/2000, para que se acrescesse tal direito subjetivo à categoria de prerrogativa social.

Tal inclusão não significa apenas que o Estado Social Democrático de Direito reconhece o direito a moradia, mas, além disso, que tal direito, como prerrogativa do indivíduo, deve ser concretizado, por conta da força normativa da Constituição.

Elencar o direito à moradia dentre os direitos sociais o eleva a condição de um direito capaz de tornar viável, pelo seu exercício, a dignidade da pessoa humana que é cláusula geral e princípio norteador de toda a Constituição da República Federativa. A posição tópica que tal direito ocupa no rol do artigo 6º da Constituição Federal, demonstra indubitavelmente o valor ético que se encontra na norma, aliás, valor reconhecido por várias nações o que o eleva a uma espécie de categoria universal de direito dos indivíduos, característica essa que é partilhada pelos direitos chamados de fundamentais.

Assim, para além de mero lugar para morar, o direito à moradia se configura num verdadeiro instrumento para a realização da dignidade e, por esta razão, se impõe sobre as demais normas do sistema normativo brasileiro.

Enquanto norma jurídica, o direito à moradia possui, se quisermos pensar como Reale (1994), três aspectos ou dimensões: a dimensão científica, que equivale ao preceito normativo, à ordem ou comando que se insere no direito a moradia. Nesta dimensão, a moradia é um direito, uma espécie de situação que pertence ao indivíduo: ele tem o direito de exercer a sua dignidade em um local que possa chamar de casa ou lar sem que outro o perturbe.

O direito subjetivo, isto é, essa situação de exercício positivo da moradia pertence a um indivíduo e faz com que outro não possa perturbar esse exercício; trata-se da liberdade positiva para um e do limite ao exercício de liberdade para o outro.

A questão não é pacífica e aponta para o problema do exercício das liberdades no contexto dos chamados subjetivos, e dentre os direitos subjetivos podemos citar todos os direitos fundamentais, inclusive o de moradia.

Mas além de direito ou de norma jurídica garantidora de um direito, a moradia também possui uma dimensão valorativa, isto é, não é apenas uma ordem, um preceito, mas a concretização de um valor ético ou moral que está reconhecido socialmente.

Nesse sentido, a moradia quando se torna valor fundamental, porque inserido no rol dos direitos fundamentais constitucionais, espelha toda a cultura de um povo ou nação, que é a nação brasileira. Quer seja historicamente ou por uma vontade geral, o fato é que a moradia tem grande importância social.

Por fim, a terceira dimensão, que é o fato social. Não podemos olvidar a existência de moradias indignas, como é o caso das favelas e das populações ribeirinhas que vivem em situação miserável no norte do país.

Obviamente que entre o reconhecimento da situação de fato e a garantia do direito à moradia existe uma grande distância, visto que não é porque um direito está garantido constitucionalmente que ele se realizará para todos do dia para a noite. Este, aliás, o grande problema que enfrentam os governos na concretização dos preceitos constitucionais quando dizem respeito aos direitos sociais, que é a grande questão da Justiça Distributiva.

O problema da justiça distributiva e que leva, por consequência ao problema do exercício do direito de moradia em termos pragmáticos, é o da distribuição dos recursos econômicos. A liberdade igual para que todos pudessem exercer o direito de moradia tem, assim, como condição prévia a questão econômica. Em um país onde são grandes as diferenças de classe social, maior a dificuldade do exercício deste direito. Os mais pobres não têm liberdade para usufruir o direito à moradia porque não podem possuir um lar, quer seja como proprietário quer seja como locatário. Ainda que programas sociais do Governo Federal, como foi o caso do incentivo para adquirir a propriedade de casas e apartamentos por meio do “Minha Casa, Minha Vida” tenha de certo modo propiciado benefício aos menos favorecidos, tal atuação não atinge totalmente os mais pobres, mas somente aqueles em condições de garantir, ainda que minimamente, pagamento das parcelas do contrato de financiamento.

Por fim, o critério da justa oportunidade de exercício do direito à moradia também é falível. Não são somente as condições econômicas que levam o sujeito a deixar de exercer o direito à moradia. O modo de vida, as questões de ordem psicológica ou social também contribuem para a desigualdade de oportunidades. Nem todos os chamados “sem teto” realmente não têm condições de adquirir uma casa para morar. Há não rara exceção, aqueles que abandonados pela família ou pela sorte, não têm interesse em usufruir deste direito. Há outros que, por desenvolvimento mental incompleto ou portadores de distúrbios psíquicos também estão em condições de mendicância vivendo nas ruas.

Nesse sentido, Ferraz Junior (2001, p.346) nos ensina que a justiça distributiva é uma justiça problemática, pois sempre haverá os mesmos bens para serem distribuídos para pessoas diferentes. É como se existisse somente um bolo, sempre de um mesmo tamanho e que a cada escolha do Estado para beneficiar um dado grupo de pessoas com um ou outro bem social, deve-se diminuir a fatia do bolo de outro grupo. Por isto sempre haverá um grupo de excluídos. E, em termos de moradia, o grupo dos excluídos

forma as favelas, porque, afinal, faz parte do ser humano fixar um local para que possa habitar ou permanecer.

Essa necessidade é antiga e remonta à esfera privada onde o indivíduo devia vencer o reino da necessidade. Como ensina Arendt (2004, p.68), era na esfera privada que o indivíduo, o *pater familias*, deveria vencer o reino da necessidade que era imposta pela sobrevivência de seu corpo e pela manutenção de sua casa para que pudesse ganhar identidade entre os seus como um “*eleuterós*”, isto é, um homem livre. Ou seja, na Antiguidade, a condição para ser alguém com a possibilidade de grandes feitos que eternizassem seu nome e sua identidade era a casa, a moradia bem administrada.

Em que pese as grandes mudanças de cultura e valores com o passar dos tempos e que de certa forma tenha havido uma publicização do privado e uma privatização do público, o certo é que a moradia ainda é mais que um local de asilo inviolável ou recolhimento que delimita a esfera de liberdade do indivíduo ou a sua intimidade ou privacidade; é no lar, neste local escolhido como moradia que se realizam os valores éticos que tornam o homem digno.

Dizer que o direito à moradia é um direito fundamental é, em último aspecto, afirmar que tal direito subjetivo se relaciona intimamente com a dignidade da pessoa humana.

O grande problema do direito à moradia, assim como de todos os direitos fundamentais é que a dignidade da pessoa humana é um princípio formal quer dizer, seu conteúdo é polissêmico (aceita vários significados) e aberto. Não se pode atribuir então um único sentido ao que se entenda por dignidade do ser humano.

Kant (apud SARLET, 2007), ao enfrentar a questão foi duramente criticado, pois seu imperativo categórico poderia, como se disse, servir a muitos sentidos até mesmo contraditórios em si, pois para ele, o tratamento digno é o respeito que um sujeito deva ter com o outro o tratando nunca como meio, mas como fim em si mesmo. Isso quer dizer que, no fundo a questão remonta a uma noção de autonomia e, portanto, de liberdade:

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (KANT, apud SARLET, 2007, p. 52).

O que Kant (apud SARLET, 2007) parece nos dizer é que qualquer situação de fato ou ato humano capaz de “coisificar” o homem é indigno porque desumano:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] (KANT, apud SARLET, 2007, p. 33).

Sarlet (2007, p. 33) comenta que é exatamente nesta disposição sobre a dignidade humana de Kant que a maioria da doutrina jurídica parece se identificar quer seja nacional ou estrangeira. Há de se guardarem as devidas proporções e reflexões sobre o tema, eis que esta noção de dignidade é “excessivamente antropocêntrica”.

Então podemos entender que o tratamento digno da pessoa humana tem que ser um tratamento justo que respeite a sua autonomia ou sua esfera de liberdade. Ocorre que, por outro lado, a autonomia da vontade (querer fazer algo) não é plena e nem o é a liberdade positiva (poder fazer algo), pois, como diz o jargão popular, a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro.

Há então um limite à liberdade e assim também um limite ao exercício da dignidade da pessoa humana. Esse problema entre o exercício de uma liberdade, de um direito subjetivo, seja ele o direito à moradia ou outro direito fundamental e a limitação necessária para que esse exercício não impeça a liberdade de outro é um problema da justiça distributiva e da crescente publicização da esfera privada.

Do ponto de vista jurídico é possível compreender a dignidade da pessoa humana do ponto de vista da função que ocupa na ordem do Direito: ela funciona como uma espécie de argumento *a priori* capaz de impedir uma ação cuja finalidade seja retirar do homem o seu caráter humano.

Como princípio, ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, a dignidade é um código forte e se impõe sobre os códigos fracos.

Lafayette (apud LEÃO JÚNIOR, 2014, p.27), aduz que “além de fundamentais, os direitos devem ser fraternos. O autor leciona que a partir do momento em que houver a conceituação do princípio da fraternidade”, estar-se-á evidentemente deixando de lado o que a sociedade pode, externando de forma bem natural a própria fraternidade. Não é salutar que tal naturalidade adentre a legislação; pelo contrário, o direito fraternal é algo que vem de cada um.

Assim, nas palavras de Leão Júnior (2014) citando o preâmbulo da Constituição:

O Estado, para a realização de suas finalidades e dos direitos fundamentais, deve assegurar, segundo o preâmbulo da Constituição, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias (LEÃO JR, 2014, p.27).

Assim, quando a moradia foi erigida a direito fundamental passou a compor o conteúdo possível do que seja uma vida digna e passou a garantir uma esfera na qual o indivíduo exerce sua autonomia.

A noção, entretanto, de que é no lar que se pode exercer em parte a dignidade, aponta para a questão da publicização da esfera privada. Isto porque, a moradia, o local onde o indivíduo reside é seu asilo inviolável, para que possa ali exercer sua vontade autônoma, quer dizer, criar suas próprias leis.

Ora, a autonomia da vontade é característica sabidamente privada. É nas relações contratuais que existe autonomia da vontade, onde as pessoas criam seus deveres e obrigações exercendo a sua liberdade (fazer o que se quer). A proteção do Estado é que se encontra na esfera pública. Neste caso, o Estado passou a proteger algo que era e sempre foi um tema da esfera privada, e isso, desde a Antiguidade.

O labor se ligava a ideia de administração doméstica e tinha a ver com o âmbito privado da atividade. Era onde o homem administrava sua casa, sua propriedade e sua família. As normas do *pater familias* eram soberanas e indiscutíveis: ele criava as leis domésticas para si e para o seu grupo, sem a intervenção dos iguais, era autônomo, dono e senhor de suas regras (*auto* – para si mesmo; *nomos* – lei).

A esfera privada compreendia o reino da necessidade, a atividade humana cujo objetivo era atender às exigências da condição animal do homem: alimentar-se, repousar, procriar etc. A necessidade coage o homem e o obriga a exercer um tipo de atividade para sobreviver. Essa atividade é o labor. O labor distinguia-se do trabalho. Labor tinha a ver com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo (alimento, por exemplo), isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que não tinham uma permanência no mundo: eram bens que pereciam. A produção desses bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: a faca, o cutelo, o arado. Nesse sentido, o homem que labora, o operário, pode ser chamado de *animal laborans*. O lugar do trabalho era a casa (*domus, oikia*) e a atividade correspondente constituía a economia (*oikos-nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas nas diferenças: relação de comando e obediência, em que a ideia de *pater familias*, do pai, senhor e

de sua mulher, de seus filhos e de seus escravos. Isso constituía a esfera privada. A palavra privado tinha aqui o sentido de *privus*, do que é próprio, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade como meios de sobrevivência. Nesse espaço não havia liberdade, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade (FERRAZ JR., 2001, p. 131).

E a esfera pública correspondia à ação. A atividade da ação emancipava o homem, tornando-o livre para estar em outro âmbito, o da *polis* ou cidade. Ali estava entre seus iguais. A atividade da ação, assim como o labor, era contínua, isto é, não tinha fim. Em conjunto com os outros homens, *eleuterós*, cidadãos, o grego governava a si mesmo e aos outros. A ação política era dominada pela palavra, pelo discurso em busca dos critérios do bem governarem, das normas de direito. Essa a ideia de animal político. E a essência do *bem comum*.

Ao elevar direitos conhecidamente privados à esfera pública o Estado passou a tutelá-los, eis que se tornaram, por assim dizer, bens comuns ou bens sociais.

Ocorre que os bens sociais não são renováveis; por se tratarem de garantias fundamentais, a cada novo direito erigido a esta categoria é necessário uma redistribuição dos outros direitos fundamentais já existentes. E esse é um problema, como veremos, da chamada *Justiça distributiva*.

2.1 Direito à moradia e dignidade da pessoa humana na Constituição Econômica

A Constituição de Weimar de 1919 marcou o início do Estado Social alemão e serviu de modelo para diversos outros Estados, especialmente os europeus. Nesse sentido, Reis Filho (1984, p.171), lembra que Mirkine-Guetzévitch, ao examinar a evolução constitucional europeia, enfatiza que a Constituição alemã foi a primeira, cronologicamente, que reservou um espaço para os direitos sociais, inaugurando uma série de novas declarações de direitos. De fato, marcou historicamente o início do Estado social, cujo modelo, sobretudo, particulariza-se pelo comprometimento com a superação dos problemas sociais e realização dos valores de sua comunidade.

Importante ressaltar que, os Direitos Sociais nascem como produto da evolução histórica dos Direitos Humanos. Assim sendo, alguns autores, costumeiramente, falam de gerações de direitos fundamentais, entretanto, é preferível chamá-las, como Guerra Filho (2005, p.46), de dimensões de direitos fundamentais. Os direitos civis e políticos foram codificados na Declaração Universal e na Carta das

Nações Unidas, no imediato pós-guerra, e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, já prenunciados na referida declaração, foram, definitivamente, consagrados no seu respectivo pacto, também de 1966, e em outros instrumentos internacionais.

Com efeito, após a Primeira Guerra, quando se refere aos direitos fundamentais dos seres humanos, não se fala mais apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas também, em direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa, a partir desse momento, a compor um novo todo indivisível dos Direitos Humanos, na segunda metade do século XX, principalmente, após o Pacto Econômico, Social e Cultural de 1966.

No que tange à proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, cumpre lembrar que, nos termos colocados pelo Pacto, está condicionada à atuação do Estado. No dizer de Piovesan (2003, p.244-245), tais direitos apresentam "realização progressiva", demandando do Estado prestações positivas e negativas. Ainda com base no Pacto, acresce-se ao dever do Estado em adotar medidas por esforço próprio, sem dizer na importância da cooperação internacional.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Para Canotilho (1999, p.282), os cidadãos devem ter possibilidades de "desenvolvimento integral", "liberdade de participação crítica no processo político" e "condições de igualdade econômica, social e política". Dentro da concepção econômica e social, o papel do Estado é de realizador de direitos, que dele requerem prestações positivas, isto é, medidas intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade.

Admite-se que o Brasil, desde a Constituição de 1934, tenha acolhido a ideia de uma Constituição Econômica, no bojo de sua disciplina "Da ordem econômica e social". A Constituição Federal de 1988 estabeleceu logo no início, propriamente no artigo 1º, incisos III e IV, que a República tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, afirma-se que nosso regime de produção é o capitalista, porém um capitalismo que deve levar em consideração, também, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desse modo, na lógica capitalista que vigora no nosso ordenamento, há que se introduzirem novos elementos que os compatibilizem com outros valores fundamentais da Constituição vigente.

Do mesmo modo, extrai-se do *caput* do artigo 170, em vigor, que: "[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (BRASIL, 1988).

Vale repisar, o direito constitucional econômico é finalístico, no sentido de objetivar a livre iniciativa harmonizada com a valorização do trabalho, a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social. Disso decorre que, no nosso atual modelo de Constituição Econômica, identifica-se o direito à moradia como manifestação da dignidade da pessoa humana.

Barreto (2003, p.107), em suas reflexões sobre os direitos sociais, afirma que esses direitos derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade. E ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, esclarece que esta possui duas faces, calcadas na "liberdade" e na "igualdade", sendo que a "igualdade material" é que irá garantir, a cada indivíduo, entre outros direitos, por exemplo, o gozo da "moradia digna".

É inquestionável que a moradia é uma necessidade básica do ser humano, pois é a partir dela que cada ser humano desenvolve sua individualidade e constrói a sua personalidade, em todas as dimensões da vida: afetiva, física, psicológica, moral, espiritual, social, política, econômica e cultural. Todo ser humano necessita de uma moradia para poder desenvolver-se plenamente, sem distinção de origem, cor, posição social, gênero, crença religiosa ou política. A moradia oferece aos seres humanos a referência, a base para os desafios inerentes ao viver.

Como explica Dallari (1998, p.36), a procura incessante de um lugar para morar "é consequência de uma necessidade, não de um capricho, e por isso se deve assegurar a todos os seres humanos o direito à moradia". E, assim, continua: "[...] é preciso que a moradia seja assegurada à pessoa em caráter permanente. Não está sendo garantido o direito à moradia quando, por decisão arbitrária de alguém, o morador pode ser posto fora a qualquer tempo.

O reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental é recente tanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico internacional, quanto em relação ao ordenamento jurídico interno. No plano internacional, o primeiro documento normativo que declarou a moradia como um direito básico do ser humano foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Mesmo assim, tal declaração deu-se de maneira tímida e não acarretaram maiores consequências práticas

para a efetivação do direito à moradia. Ao longo da segunda metade do século XX, outros documentos internacionais incluíram a moradia no rol de Direitos Humanos fundamentais, dentre os quais se destacam o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e a Agenda Habitat, de 1996.

No Brasil, o reconhecimento definitivo da moradia como um direito fundamental ocorreu por intermédio da Emenda Constitucional 26/00. Sem embargo, cumpre observar que os direitos de segunda dimensão – sociais, culturais, econômicos, coletivos e de coletividade – foram sendo concretizados no século XX, do mesmo modo como os direitos de primeira dimensão se efetivaram paulatinamente nos séculos anteriores. Introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, esses direitos nasceram abarcados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar. Portanto, como dito, o Estado Social formou-se, a partir de 1917, mas passou a atuar como regulador e, em certo caso, interventor mais constante na área econômica, a partir da década de 30, com intuito de evitar o agravamento e novas crises econômicas. É nesse contexto que nasce um ramo do direito que interage com os demais de forma integrativa, a fim de materializar os direitos fundamentais de segunda dimensão, entre os quais, os econômicos.

2.2 Bem de família e sua função social

Bem de família, faz-se acreditar que seja algo que garante absolutamente uma função social enorme visando à defesa da moradia e a proteção da família ou tem-se que o bem de família não há que se falar, ou melhor, se preocupar com a função social da moradia e proteção daqueles que ali residem?

Sem fugir ao rigor de algumas conceituações dogmáticas, se trará à baila alguns conceitos civilistas clássicos e outros de civilistas contemporâneos, para que no conjunto dessas informações possa-se traçar uma linha e diretriz que se coaduna com a ideia e valorização do tema tratado:

Nos Estados Unidos da América, onde se originou o instituto do homestead, significa a isenção da penhora, criada em favor da pequena propriedade. Mas, umas vezes, o homestead tem por fim favorecer os colonos, para a cultura das terras do domínio público, outras vezes é garantia da pequena propriedade particular. Essa diferença de institutos não acarreta, porém, diferença essencial no instituto, que obedece a certas normas assentes, e pouco varia de um para outro Estado da União (BEVILÁQUA, 1975, p. 310).

Já Serpa Lopes (1988) assevera que:

[...] no Bem de Família a inalienabilidade é criada em função de um outro objetivo: assegurar a residência da família, sendo esse o objetivo principal, e a inalienabilidade um simples meio de atingi-lo. Trata-se de um instituto originário dos Estados Unidos, destinado a assegurar um lar à família. A inalienabilidade não é um fim, senão um meio de que o legislador se serviu para assegurar a tranquilidade da habitação da família. Etimologicamente, a palavra "*Homestead*" compõe-se de duas palavras anglo-saxões: "*home*", de difícil tradução, cuja versão francesa é "*chez soi*", "em sua casa", e "*stead*", significando "lugar". Em linguagem jurídica quer dizer, porém, uma residência de família, implicando posse efetiva, limitação de valor, impenhorável e inalienável (SERPA LOPES, 1988, pp. 352-353).

Na conceituação desse doutrinador civilista clássico pode-se observar que há, no contexto, um breve comentário do surgimento e origem do instituto *Homestead*.

Na conceituação contemporânea, observa-se que:

O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioria (AZEVEDO, 2002, p.93).

Nessa esteira, destaca-se que a esse último conceito, as palavras do doutrinador Álvaro Villaça Azevedo seguem à luz do Texto Constitucional, uma vez que tem a virtude de apenas demonstrar a finalidade a que se refere à impenhorabilidade, não especificando a forma do instituto.

Também, nessa oportunidade, por declamar a Constituição Federal, resta colacionar a Emenda Constitucional 26 que trata do direito à moradia, como será descrita abaixo.

A Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles, a moradia. Entrando em vigor aos dias 15/02/2000, na data da sua publicação, com o seguinte texto promulgado, *verbis*:

Art. 1º. - O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º. - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, à proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 2º. - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação (BRASIL, 2014).

Vê-se, então, que é interessante o surgimento da “problemática” a partir da vigência da referida emenda, pois instalou no meio acadêmico, e lógico na norma, uma

questão bastante conflitante sobre o direito à moradia, pois a esse preceito, fundamental, teria ou não revogado as exceções à cláusula geral de impenhorabilidade capituladas no artigo 3º., incisos I a VII, da Lei 8.009/90, *verbis*:

Art. 3º. - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
 I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
 II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
 III – pelo credor de pensão alimentícia;
 IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
 V – para execução de hipoteca sobre imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
 VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
 VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (BRASIL, 2014).

Até antes da Emenda, o legislador infraconstitucional, em harmonia com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), e com seu princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), através da Lei Federal 8.009, de 1990, protegeu o único imóvel destinado à moradia da entidade familiar, apenas com algumas ressalvas.

Nota-se que a questão central se reflete unicamente em saber se a Emenda Constitucional 26/2000 (*Lex generalis superior*) teria ou não derogado a Lei Ordinária (*Lex specialis inferior*), isto é, a Lei 8.009/90, ou, em outras palavras, se era um caso de antinomia real ou meramente aparente, pois o que se coaduna é com a função social da moradia.

Interessante o acórdão que expõe ainda uma timidez exemplificando, ainda, o período cuja constitucionalidade do artigo 3º., inciso VII, da Lei nº 8.009 onde estava sendo questionada:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COISA JULGADA - TERCEIRO - INEXISTÊNCIA - ART. 472 CPC - FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - INEFICÁCIA TOTAL DO ATO - FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. I - A coisa julgada incidente sobre o processo de conhecimento e consequentes embargos opostos por um cônjuge não pode atingir o outro, quando este não tiver sido parte naqueles processos. (art. 472, do Código de Processo Civil). II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher. III - Com respaldo em recente julgado proferido pelo

Pretório Excelso é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso provido. (REsp 631262, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgamento 02/08/2005, DJ 26.09.2005, p.439) (BRASIL, 2014).

Observa-se, então, que esse julgado foi no ano de 2005 e, nota-se que durante esse período, houve decisões divergentes e muito imaturas, desprovidas até de hermenêutica, ou até mesmo, de se avaliar a tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale, fático-axiológico-normativo.

2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 e Sua Função Hermenêutica

Encontra-se no bojo do texto constitucional cinco espécies de direitos fundamentais, a saber: os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os de nacionalidade e os políticos.

Moraes (1997, p. 43) os classifica em direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos encontram-se no artigo 5º e em seus incisos da Constituição Federal e ligam-se diretamente ao conceito de dignidade da pessoa humana e da própria personalidade do sujeito, como é o caso do direito à vida, à liberdade à igualdade, à propriedade e à segurança.

Os direitos sociais estão ligados à ideia das liberdades positivas e encontram-se nos artigos 6º, 193 e seguintes da Constituição Federal. Trata-se de normas de observância obrigatória e têm por finalidade a concretização da igualdade por meio da melhoria das condições de vida dos indivíduos considerados hipossuficientes. É o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Os direitos à nacionalidade se encontram no artigo 12 da Constituição Federal e têm como escopo capacitar o indivíduo para adquirir sua nacionalidade que é uma qualidade positiva e obriga o Estado a proteger o sujeito assim considerado ao mesmo tempo em que o obriga, sujeitando-o a cumprir os deveres impostos aos cidadãos nacionais.

Os direitos políticos se encontram nos artigos 14 a 17 da Constituição Federal e permitem ao cidadão o exercício concreto da liberdade de participação na vida política

do país ao lhe conferir as capacidades ativas e passivas da elegibilidade (SPADOTTO, 2003, p. 30).

Moraes (1997) comenta que os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos podem ser assim chamados, vez que a Constituição reconheceu os partidos políticos como instrumentos necessários à preservação do Estado Democrático de Direito.

Cumprido anotar que esta classificação não é taxativa, isto é, outros direitos fundamentais podem ser assim considerados por sua importância e características e não somente do ponto de vista da tópica, isto é, do lugar que ocupam na sistemática constitucional.

Por outro lado, também importa observar que há, na lição de Brega Filho (2002, p. 28-34), certa banalização de direitos fundamentais; eis que há certa tendência a vulgarizar e multiplicar tais direitos.

Sarlet (2007, p. 150) alerta que deve haver um critério rígido para o reconhecimento desses direitos para que não se tornem letra morta. Melhor seria, comenta, que os direitos fundamentais já garantidos pela Carta Máxima tivessem seu exercício efetivamente viabilizado.

O direito à moradia, desta forma, se encontra formalmente ligado aos direitos chamados de sociais. A classificação doutrinária tem uma razão de ser. Com ela se organizam os feixes de princípios e interpretações possíveis para a aplicação efetiva de um direito reconhecidamente social.

Desta maneira, quando um direito não pertencente ao mesmo rol dos direitos fundamentais se choca com outro que ali se encontra, a prevalência é pela manutenção deste último. Esta regra hermenêutica que imprime à obrigação de se acolher sempre ao caso concreto a subsunção da norma superior e não da norma inferior tem como finalidade garantir, do ponto de vista político, a estabilidade do ordenamento ou sistema jurídico.

Segundo Bobbio (1996, p. 81-85), jus filósofo e teórico político, essa seria a função teleológica dos critérios para solução das antinomias aparentes que surgem em uma situação jurídica concreta.

Assim, quando a emenda constitucional número 26, de 2000, elevou o direito à moradia ao rol dos direitos fundamentais, no artigo 6º da Constituição Federal, deu a ele *status* diferenciado para enfrentar o possível choque de normas no sistema, ligando-o estreitamente com o princípio estruturador do sistema jurídico brasileiro que é a

dignidade da pessoa humana e colocando-o num patamar superior às demais normas infraconstitucionais.

Entretanto, a qualidade de norma superior só resolve uma espécie de antinomia, que é a do tipo aparente. A antinomia, segundo Bobbio (1996), é uma incompatibilidade, *a priori*, de duas normas ou regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico. Isso porque, se aparente, há regras para sua solução. Os demais critérios, a par do critério da norma superior são o cronológico, e o da prevalência da lei especial sobre a lei geral.

Pelo critério cronológico, a norma que foi posta mais recentemente no ordenamento tem preferência sobre a mais antiga naquilo em que ambas se chocarem.

Pelo critério da lei especial, a norma mais específica tem prevalência sobre a norma mais geral (*Lex specialis derogat generalis*).

E o critério hierárquico dispõe que a norma superior tem prevalência sobre a norma inferior. Assim, entre o direito à moradia e uma norma infraconstitucional como, por exemplo, o direito de execução do credor, prevalece o primeiro, visto que o lar, a moradia, é direito fundamental do devedor e não pode ser tomado para pagamento de um débito. Fala-se, neste sentido, na impenhorabilidade do bem de família.

O problema, entretanto, ocorre quando o direito à moradia se choca com outras normas que se encontram em igual situação constitucional. Aí ele poderá não ter prevalência, porque não tem o *status* diferenciado que lhe dá a Constituição, não é, neste caso, a norma superior.

O que prevalecerá, neste caso, será o critério político, a adequação justa de uma norma ao caso concreto e não um critério preestabelecido, como ocorre com as antinomias aparentes. Aliás, neste caso, fala-se em antinomia real, ou seja, a incompatibilidade não encontra solução. Conforme ensina Ferraz Jr. (2001):

A distinção entre antinomias reais e aparentes, fundada na existência ou não de critérios normativos positivos para sua solução pode e deve, pois, ser substituída por outra em que antinomia real é definida como aquela em que a terceira condição é preenchida, ou seja, a posição do sujeito é insustentável porque não há critérios para sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é aparente em caso contrário. Por exemplo, duas normas constitucionais (mesmo nível), igualmente gerais (mesma extensão), promulgadas ao mesmo tempo (simultâneas) configurariam caso de antinomia real. (FERRAZ, JR. 2001, p. 208).

Portanto, se pensarmos analiticamente, a classificação do direito à moradia entre os direitos fundamentais tem sua razão de ser. O fato da ideia de moradia, de lar, fundar-se na noção de dignidade da pessoa humana exercida na esfera privada (daí porque é definido constitucionalmente como “asilo inviolável” do indivíduo) a coloca, em princípio em posição superior às demais normas; porém essa superioridade nem sempre lhe garante a predominância e a sustentabilidade diante de outras normas pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Essa forma de pensar o Direito sistemático e dogmático cumpre, enfim, um papel, que é o de manutenção da estabilidade do sistema ou ordenamento (Bobbio utiliza ambas as expressões), mas não se garante que todas as antinomias terão soluções racionais. No caso das chamadas antinomias reais como disseram, não há um critério técnico de solução:

Apesar disso, é uma forma de pensar dogmaticamente que persevera, não só por força de uma arraigada tradição, mas também porque cumpre ainda funções sociais de neutralização política e econômica, para as quais ainda não se encontrou um substituto (FERRAZ JR., 2001, p. 250).

Assim, sem que haja, numa dada situação concreta, uma solução para a incompatibilidade de duas normas, a decisão sobre qual norma será aplicada será, no fundo, uma decisão política.

2.4 Características dos Direitos Fundamentais

Há várias características apontadas por doutrinadores como sendo intrínsecas aos direitos fundamentais.

Araújo e Nunes Junior (2002, p. 82-84) consideram como características a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência e a irrenunciabilidade.

Moraes (1997, p. 41) fala em imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, e complementaridade.

Rothenburg (1990, p. 65) apresenta a fundamentalidade, a universalidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade, a historicidade, a positividade, a constitucionalidade, a interdependência, a abertura e inexaurabilidade, a projeção positiva, a perspectiva objetiva, a dimensão transindividual, a aplicabilidade imediata,

harmonização, restringibilidade excepcional, proibição de retrocesso, e maximização ou efetividade.

A *historicidade* significa que os direitos fundamentais têm caráter histórico, ou seja, observa-se que os direitos clássicos vão se aperfeiçoando e novos direitos vão sendo firmados, como é o caso do meio ambiente, da moradia.

A *universalidade* indica que os direitos se destinam a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político filosófica.

A *imprescritibilidade* significa que tais direitos não se perdem pelo decurso do tempo, nem o seu exercício.

Pela *inalienabilidade* se entende que tais direitos não podem ser transferidos seja a título gratuito ou oneroso e também não podem ser objeto de renúncia. O indivíduo pode deixar de exercê-lo temporariamente, mas não pode renunciar a ele.

A *inviolabilidade* é um limite a determinações infraconstitucionais ou atos de autoridades públicas que desrespeitem tais direitos sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.

A *indivisibilidade* significa que todas as categorias de direitos fundamentais devem ser igualmente desenvolvidas e reconhecidas sem detrimento de uma ou outra. Deve-se respeitar a unidade de conteúdo de um direito fundamental, embora sua concretização possa ocorrer em diferentes graus de intensidade.

A *interdependência*, na lição de Brega Filho (2002), quer dizer que, em relação aos direitos fundamentais considerados em espécies, já que se entende que certo direito não alcança a eficácia plena se não houver a realização simultânea de alguns ou de todos ou outros direitos humanos.

Portanto, os direitos fundamentais vistos do ponto de vista da dogmática jurídica são direitos subjetivos com atributos diferenciados dos demais direitos subjetivos.

Via de regra os direitos subjetivos são compreendidos como garantia dos indivíduos em face da perturbação de outros indivíduos ou do Estado. É uma espécie de “propriedade” algo que alguém tem e que deve ser respeitado pelos outros. Trata-se de um exercício negativo de liberdade para os demais – que não podem perturbar a fruição do direito subjetivo do titular de direito. É, assim, em certo sentido, um “não fazer”.

No caso dos direitos fundamentais, não se trata apenas de uma publicização de um direito privado – direito ao exercício de uma liberdade, como é o caso da moradia -,

mas da universalização deste exercício. Isso significa que seu reconhecimento não conhece as fronteiras territoriais e deve ser respeitado internacionalmente. Como aduz Comparato (2002, p. 466), “tal como no plano constitucional dos Estados, só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana”.

Dissemos que o direito à moradia, além de direito fundamental é essencialmente um direito privado. Como menciona Bobbio (2000), o que se percebe é que, na dogmática jurídica, o direito privado é o direito principal e o direito público é um direito “não privado”, isto é, no fundo, uma proibição de invasão da esfera do direito privado:

Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público é a resistência que o direito à propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e, portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito (BOBBIO, 2000, p.23).

Assinala, ainda, o grande jus filósofo e teórico político que as bases para o assentamento da ideia de direito privado como uma esfera do exercício da liberdade como autonomia da vontade teve suas raízes em Locke:

Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político e, como tal deve ser o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo). Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode ser então redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público (BOBBIO, 2000, p. 24).

O grande problema aqui é saber o que é que está sendo exercido na esfera privada, íntima do indivíduo. Quando se diz que um dado direito é privado, parece-nos a priori que se quer dizer que o seu exercício não importa aos demais. Há algo de secreto, de invisível nessa afirmação, pois aquilo que o indivíduo realiza na sua intimidade não é dado a saber pelos demais, impedido que esteja o ato de ter publicidade.

A dignidade da pessoa humana é, no fundo, um atributo existencial do indivíduo; sem ela ele não existe como humano. Seu exercício é o exercício da

autonomia da vontade, das liberdades, da exteriorização da vontade que o torna um sujeito único e individualizado.

Entretanto, se o exercício da dignidade por meio da garantia de direitos fundamentais estivesse relegado à esfera privada não haveria como controlar o abuso do exercício desse direito, como também não poderia o Estado garantir o não impedimento deste mesmo exercício pelos demais indivíduos. O próprio sujeito não poderia estar protegido nem mesmo do Estado garantidor, eis que tudo estaria no âmbito do “secreto”.

A publicidade tem, nesse sentido, o papel de garantir certa paz e certa justiça ao exercício dos direitos fundamentais. Daí porque há, para esses direitos, certa publicização que transparece nas características que lhe são atribuídas: são irrenunciáveis, irrevogáveis, universais, invioláveis, interdependentes etc.

Sob este aspecto, é essencial à democracia o exercício de vários direitos de liberdade, que permitem a formação da opinião pública e asseguram assim que as ações dos governantes sejam subtraídas ao funcionamento secreto da câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas (BOBBIO, 2000, p. 30).

Assim, muito embora o direito à moradia guarde uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana no sentido de ser o lugar onde, na vida privada o indivíduo se realiza como pessoa, esse exercício não é totalmente secreto, está assegurado no plano público pela Constituição Federal como norma fundamental e é com estas características que se assegura ao Estado e aos demais indivíduos certa publicidade que consiste, afinal na própria garantia à justa concretização desse direito.

Outro ponto a ser considerado acerca da relação entre direito à moradia e a dignidade da pessoa humana como direito fundamental é a interpretação do que seja “direito à moradia” depende do conceito que se tenha do que se seja “digno”.

Nesse sentido, como a dignidade da pessoa humana, assim como outros direitos humanos é um “tipo aberto” utilizado na interpretação jurídica, há possibilidade de que muitos conteúdos diferentes sejam a ela atribuídos.

Esta questão, longe de ser um problema é de fato, a maneira como se podem atualizar as questões sociais sobre moradia. Se o direito à moradia estivesse condenado a uma definição positivada por lei não seria possível se promover o debate sobre as

questões sociais que se acercam do tema, como por exemplo, a questão da exclusão dos mais pobres dos programas habitacionais.

As características que se atribuem aos direitos humanos positivados na Constituição têm um caráter pedagógico: elas procuram delimitar quais direitos seriam realmente considerados direitos humanos e quais não poderiam, por conta deste rol de qualidades, estar dentre eles. Mas esta questão do que seja um direito humano não é pacífica.

Holder e Reidy (2013), em sua resenha sobre o livro “Human Rights: The Hard Questions” comenta que é importante se ter consciência de que a pergunta “O que são os direitos humanos?” ainda não foi respondida.

A Parte I inclui três assuntos cuja ideia central “O que são os direitos humanos?”. Este é um dos maiores tópicos que alguém poderia levantar acerca dos direitos humanos. É também uma questão que se tem carregado em debates recentes e para mim é uma questão central do debate sobre direitos humanos entre os filósofos neste momento. Os três artigos nem mesmo oferecem uma análise deste tipo de trabalho (que é uma das razões pelas quais eu penso que não é um bom “primeiro livro” sobre direitos humanos), mas ao invés, escolhem três componentes particulares para conduzir a questão. O excelente artigo de Chris Brown “Direitos humanos e natureza humana” argumenta que uma teoria de sucesso sobre direitos humanos precisa integrar uma explicação do que seja a natureza humana. Este ponto de vista foi rejeitado pelos economistas políticos marxistas (que, deixando para trás as próprias reflexões iniciais de Marx sobre o ser humano e sua espécie, insistiram que o modo de produção é que faz das pessoas o que elas são) e os sociologistas durkheimianos (que levaram ao limite o poder explanatório dos fatos sociais per se), assim como filósofos e antropólogos que estavam freqüentemente ansiosos para rejeitar a noção da natureza humana em favor da maior tolerância racial. Mas uma noção de direitos humanos repousará em uma superfície fina como o gelo se não houver uma noção de “humano” que possa ser utilizada para consubstanciar **esses** direitos. Brown argumenta, com sensibilidade, que em um nível apropriado de abstração nós podemos realmente construir um senso do que seja a “natureza humana”, e somente assim, a este nível é que apropriadamente se pode construir uma teoria dos direitos humanos (grifo nosso) (HOLDER; REIDY, 2013, p. 01).

Para que se pense o direito à moradia como um direito fundamental é necessário que haja um núcleo doador de sentido para o que seja a moradia digna. Sem isso, o conceito deste direito se esvazia e se torna inócua à busca de sua concretização, quer seja no plano das políticas sociais, quer seja na positivação desses direitos ou na sua defesa por meio da prestação jurisdicional.

2.5 O Problema da Justa Distribuição dos Direitos Fundamentais

A Justiça é, no dizer de Ferraz Junior (2001), um código doador de sentido para o Direito e tem a função de tornar a distribuição dos bens sociais, de certa maneira, racional.

A ideia de que a justa distribuição de direitos repousa na noção da racionalidade e tem a ver com o conceito aristotélico de dar a cada um o que lhe é devido. O problema é saber o que é devido a cada indivíduo:

No livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles cuida da justiça como virtude, enquanto uma qualidade do autor e de suas obras, o agente e de sua ação. No mencionado aspecto formal, ela corresponde à ideia de proporcionalidade aritmética e geométrica. A distinção entre, respectivamente, justiça comutativa, ou virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos pressupostamente iguais entre si, e a justiça distributiva, ou a virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos diferentes, apontava para a igualdade como o cerne da justiça (FERRAZ JR., p. 2001, p. 131).

O direito à moradia, portanto, enquanto direito fundamental é um bem social. Entretanto, no plano concreto, o seu exercício encontra limites de atuação, eis que os bens sociais não são infinitos; para que se possa dar um bem social para uma categoria de pessoas é preciso redistribuir o quinhão das categorias já existentes.

De uma maneira simples, podemos dizer que os bens sociais poderiam ser comparados a um bolo. Os pedaços do bolo são assim distribuídos entre determinadas categorias de sujeitos considerados, por alguma maneira ou critério como iguais e então todos recebem a sua fatia. Ao incluir novas categorias merecedoras de um determinado bem social, não se pode criar um novo bolo, mas diminuir a fatia de todos ou de alguns para que se possa dar ao ingressante.

“A espécie distributiva (*διανεμητική*), à primeira vista, não causa problema ao intérprete. Ela é virtude na distribuição das honras ou das riquezas ou de outras vantagens que devam ser repartidas entre os membros da comunidade” (FERRAZ JR., 2002, p. 183).

Assim, a Justiça na sua forma de distribuição de bens sociais, dentre os quais podemos citar os direitos fundamentais e, portanto, o direito à moradia dentre estes, se pauta na ideia de igualdades e desigualdades. Ao estabelecer os critérios para que um dado direito seja atribuído a determinados sujeitos, será justa a distribuição desde que

racionais os argumentos que consideram quem são os iguais que receberão o bem social e quem são os desiguais que serão excluídos de uma categoria.

Interessante a crítica estabelecida por Vaz (2006) à teoria da justiça distributiva de John Rawls e que nos leva a repensar o tema de como os bens sociais podem e devem ser distribuídos e se o princípio da igualdade seria o critério suficiente para estabelecer o quinhão de cada indivíduo para o exercício de certos direitos:

A teoria de Rawls constitui, em grande parte, uma reacção ao utilitarismo clássico. De acordo com esta teoria, se uma acção maximiza a felicidade, não importa se a felicidade é distribuída de maneira igual ou desigual. Grandes desníveis entre ricos e pobres parecem em princípio justificados. Mas na prática o utilitarismo prefere uma distribuição mais igual. Assim, se uma família ganha 5 mil euros por mês e outra 500, o bem-estar da família rica não diminuirá se 500 euros do seu rendimento forem transferidos para a família pobre, mas o bem-estar desta última aumentará substancialmente. Isto compreende-se porque, a partir de certa altura, a utilidade marginal do dinheiro diminui à medida que este aumenta. (Chama-se "utilidade marginal" ao benefício comparativo que se obtém de algo, por oposição ao benefício bruto: achar uma nota de 100 euros representa menos benefício para quem ganha 20 mil euros por mês do que para quem ganha apenas 500 euros por mês.) Deste modo, uma determinada quantidade de riqueza produzirá mais felicidade do que infelicidade se for retirada dos ricos para dar aos pobres. Tudo isto parece muito sensato, mas deixa Rawls insatisfeito. Ainda que o utilitarismo conduza a juízos correctos acerca da igualdade, Rawls pensa que o utilitarismo comete o erro de não atribuir valor intrínseco à igualdade, mas apenas valor instrumental. Isto quer dizer que a igualdade não é boa em si — é boa apenas porque produz a maior felicidade total (VAZ, 2006, p. 01)

A teoria de Rawls, para o autor, repousa na premissa de que nem todas as desigualdades devem ser tratadas, mas somente deve se remover aquelas que tragam desvantagens para alguém. Nesse passo, ao se estabelecerem os critérios para a divisão de bens sociais – aqui compreendidos os exercícios de direitos humanos e, dentre estes a moradia – deve se levar em consideração a fórmula que melhor tutele os menos favorecidos. Isto porque – e se trata aqui de um argumento plausível – um acréscimo de valor económico em uma família mais abastada não tem o mesmo impacto social do que em uma família pobre: “achar uma nota de 100 euros representa menos benefício para quem ganha 20 mil euros por mês do que para quem ganha apenas 500 euros por mês”, como dá exemplo no trecho supracitado.

A justa distribuição de bens sociais obedece por esta teoria a três critérios ou princípios:

Princípio da liberdade igual: A sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros.

Princípio da diferença: A sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, excepto se a existência de desigualdades económicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos.

Princípio da oportunidade justa: As desigualdades económicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades (VAZ, 2006, p. 01).

Há uma hierarquia entre estes princípios se houver conflitos na distribuição de bens sociais. Em primeiro lugar se privilegia o princípio da liberdade, desde que não prejudique os menos favorecidos. Então, em termos da teoria da Justiça distributiva aqui discutida, o direito à moradia é um exercício pleno e livre para todos os indivíduos, desde que não prejudique os menos favorecidos. Depois, o segundo critério ou princípio a ser observado é o da diferença: a princípio todos devem ter direitos iguais, a não ser que em nome dos menos favorecidos se crie uma desigualdade na distribuição ou exercício de direitos. E, por fim, o critério da oportunidade justa que estabelece que todos possam igualmente escolher se querem ou não exercer um dado direito.

O problema de se colocar nas mãos de critérios de igualdade e desigualdade a distribuição dos direitos sociais é que há situações em que a desigualdade não está determinada pela escolha do indivíduo, quer dizer, o sujeito deixa de exercer um direito não porque não o quer, mas por limitações naturais, como é o caso dos deficientes físicos.

Ninguém merece ver as suas escolhas e ambições negadas pela circunstância de pertencer a uma certa classe social ou raça. Intuitivamente não achamos plausível que uma mulher, pelo simples facto de ser mulher, encontre resistências à possibilidade de liderar um banco. Estas são circunstâncias que a igualdade de oportunidades deve eliminar. Ora, estando garantida a igualdade de oportunidades, prevalece nas sociedades actuais a ideia de que as desigualdades de rendimento são aceitáveis independentemente de os menos favorecidos beneficiarem ou não dessas desigualdades. Como ninguém é desfavorecido pelas suas circunstâncias sociais, o destino das pessoas está nas suas próprias mãos. Os sucessos e os falhanços dependem do mérito de cada um, ou da falta dele. É assim que a maioria pensa.

Mas será que esta visão dominante da igualdade de oportunidades respeita a tua intuição de que o destino das pessoas deve ser determinado pelas suas escolhas, e não pelas circunstâncias em que se encontram? Rawls pensa que não. Por esta razão: reconhecendo apenas diferenças nas circunstâncias sociais e ignorando as diferenças nos talentos naturais, a visão dominante terá de aceitar que o destino de um deficiente seja determinado pela sua deficiência ou que a infelicidade de um QI baixo dite o destino de uma pessoa. Isto impõe um limite injustificado à tua intuição. Se é injusto que o destino de cada um seja determinado por desigualdades sociais, também o será se for determinado por desigualdades naturais (VAZ, 2006, p. 01).

Como um deficiente físico teria igual oportunidade de exercer o direito à moradia se este exercício depende, em parte, de uma situação económica e financeira

que está mais bem disponibilizada para aqueles que não possuem incapacidade física? O mercado de trabalho tem dificuldade em absorver deficientes físicos e mentais. O Estado reconhece isso e dá a estas pessoas um benefício assistencial¹ baseado em um salário mínimo sob certos critérios de aquisição (BRASIL, 2014).

Ora, se a pessoa deficiente não tiver realmente condições de trabalhar estará – por uma limitação física natural – em desigualdade de exercer seu direito à moradia, pois um salário mínimo está longe de oferecer moradia a alguém, nem a sua aquisição em programas habitacionais e nem mesmo por aluguel.

Outra questão que se coloca na dificuldade em estabelecer uma justa distribuição de bens e direitos é justamente quais seriam os critérios justos para dar a cada um o seu quinhão. Rawls descreve a situação hipotética em que aquele que vai estabelecer os critérios de distribuição se encontra numa espécie de “véu da ignorância” com relação ao lugar que ocupa na sociedade para que possa decidir de forma a aperfeiçoar a distribuição a todos os níveis sociais. Em outras palavras, o legislador, ao criar os critérios que estabelecem as prioridades na distribuição de bens sociais deveria agir de maneira imparcial. Somente assim mais bens sociais alcançariam o maior número possível de pessoas (VAZ, 2006).

Ora, sob o véu de ignorância, as pessoas querem princípios de justiça que lhes permitam ter o melhor acesso possível aos bens sociais primários. E, como não sabem que posição têm na sociedade, identificam-se com qualquer outra pessoa e imaginam-se no lugar dela. Desse modo, o que promove o bem de uma pessoa é o que promove o bem de todos e garante-se a imparcialidade. O véu de ignorância é assim um teste intuitivo de justiça: se queremos assegurar uma distribuição justa de peixe por três famílias, a pessoa que faz a distribuição não pode saber que parte terá; se queremos assegurar um jogo de futebol justo, a pessoa que estabelece as regras não pode saber se a sua equipa está a fazer um bom campeonato ou não. Imagina os seguintes padrões de distribuição de bens sociais primários em mundos só com três pessoas:

Mundo 1: 9, 8, 3; Mundo 2: 10, 7, 2; Mundo 3: 6, 5, 5.

Qual destes mundos garante o melhor acesso possível aos bens em questão? Lembra-te que te encontras envolto no véu de ignorância. Arriskas ou jogas pelo seguro? Tentas maximizar o melhor resultado possível ou tentas maximizar o pior resultado possível? Rawls responde que a tua intuição de justiça te conduzirá ao mundo 3. A escolha racional será essa. A estratégia de Rawls é conhecida como "maximin", dado que procura maximizar o mínimo.

¹LOAS – Lei 12.470/2011: Art. 20. § 2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 6º. A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS (BRASIL, 2014).

(Repara que a soma total de bens sociais do mundo 1 é 20, ao passo que no mundo 3 a soma total é apenas 16. Por outras palavras, o mundo 3 é menos rico do que o mundo 1, mas mais igualitário.) Nessa medida, defende que devemos escolher, de entre todas as situações possíveis, aquela em que a pessoa menos favorecida fica melhor em termos de distribuição de bens primários. É verdade que os outros dois padrões de distribuição têm uma utilidade média mais alta. (A utilidade média obtém-se somando a riqueza total e dividindo-a pelas pessoas existentes. A utilidade média do mundo 1 é 6,6 e a do mundo 3 é de apenas 5,3.) Todavia, como só tens uma vida para viver e nada sabes sobre qual será a tua posição mais provável nos outros dois padrões, a escolha do mundo 3 é mais racional e ao mesmo tempo mais compatível com as tuas intuições de igualdade e justiça. E o que diz o princípio da diferença? Diz precisamente que a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, excepto as desigualdades económicas e sociais que beneficiam os menos favorecidos. Afinal, parece que nenhuma das desigualdades dos mundos 1 e 2 traz benefícios para os menos favorecidos (VAZ, 2006, p. 01).

Por fim, mesmo que o legislador assegurasse o pleno exercício de direitos fundamentais para pessoas consideradas na mesma situação social, esta situação não é estanque e poderia se modificar com o tempo. Por exemplo, se o direito à moradia é estabelecido para pessoas que preenchem certos critérios sociais, psicológicos económicos e financeiros e assim podem ser incluídas em um programa de política habitacional, pode acontecer que durante o passar dos anos, a situação económica de alguma delas se modifiquem e enquanto que para as demais o exercício desse direito é suportável, não o é para outras. Assim, o critério de igualdade no ponto de partida para a distribuição justa deste bem social pode gerar injustiça com o passar do tempo. Vaz (2006) fornece o seguinte exemplo:

Imagina duas pessoas que trabalham na mesma empresa de electrodomésticos. Têm, por isso, os mesmos recursos económicos. Mas também têm em comum os mesmos talentos naturais e antecedentes sociais. Uma delas é apaixonada por futebol e gasta uma parte razoável do seu rendimento nas deslocações permanentes que faz para apoiar o seu clube. Somadas as outras despesas inevitáveis de uma família, nada sobra. Por vezes esta família tem de recorrer a apoio social do estado. A outra resolveu estudar sistemas eléctricos depois do expediente normal de trabalho. Após um período de estudo, compra o equipamento necessário e resolve vender os seus serviços de electricista das seis da tarde às nove da noite. Com muitas horas de trabalho, esforço e competência, duplica o rendimento inicial. O princípio da diferença diz que as desigualdades de rendimento são permitidas se beneficiarem os menos favorecidos. Que consequência tem a sua aplicação a este caso? A consequência de fazer o apaixonado por futebol beneficiar do rendimento do electricista esforçado (VAZ, 2006, p. 01).

Obviamente, no exemplo dado, depois de um dado tempo, uma das pessoas ainda tem direito ao quinhão daqueles que se privilegiaram da política habitacional, mas agora, com melhores condições económicas suportaria a aquisição da moradia sem o

subsídio do governo. E outra pessoa, por esta razão deixou de ser incluída no programa social.

Por outro lado, se uma pessoa fez jus ao programa social e depois adoeceu e teve que gastar seus rendimentos com despesas médico-hospitalares, por exemplo, também não está mais em pé de igualdade com os demais do grupo dos privilegiados, mas neste caso, a desigualdade é negativa, pois ela se tornou menos favorecida.

Como se observa, ao se lidar com critérios para distribuição de bens sociais, haverá sempre um grupo ou grupos de excluídos que não terão direito a usufruir de uma determinada política social.

Este também é um argumento plausível na consideração da efetivação dos direitos humanos. Mas as questões sobre os critérios da justa distribuição não pairam somente em torno dos conteúdos pelos quais os direitos fundamentais devem ser concretizados.

Há também uma questão, que é posta por Holder e Reidy (2013), e que se refere, para ela, à possibilidade de existência de um direito fundamental para a Democracia.

Se pensarmos que o direito à moradia enquanto direito fundamental deve ser concretizado pelo Estado, devemos também nos questionar como é que esse direito deve ser concretizado sob o fundamento do Estado Democrático de Direito. A resposta que Holder e Reidy (2013, p. 01) nos dão é que tais direitos devem ter sua efetivação posta à discussão pelos interessados para que se possa realmente construir uma ação política de resultados satisfatórios:

A discussão sobre se há direitos humanos para a democracia se tornou, mas sofisticada com a forma apresentada pelo tema de Christiano. Eu farei aqui apenas um comentário sobre esta discussão. Se realmente for o caso dos direitos humanos para a democracia terem sucesso, isto mostraria apenas que em uma teoria ideal há tal direito. Mas isto não seria o tipo de caso de teoria ideal que tem basicamente nenhuma sustentação no mundo não ideal no qual nos encontramos neste estágio da história. Isto também significa que os direitos humanos para a democracia teriam muito pouca sustentabilidade no debate atual da política. Por exemplo, não seria de grande ajuda apelar para isso sob muitas circunstâncias típicas que previnem a emergência da democracia. Em particular, se há preocupações substanciais sobre se as constelações raciais ou étnicas em um país levariam, sob condições políticas que alguém razoavelmente espera obter, a um tipo de política populista excessiva que talvez gere um conflito exacerbado de violência, o fato abrupto de que há direitos humanos para a democracia não seria decisivo para nada. **Aqui eu acredito que o ponto principal de Charlesworth continua se repetindo: a democracia precisa crescer de dentro, por meio de debates, discussões e experimentações entre os cidadãos** (grifo nosso) (HOLDER e HEIDY, 2013, p.01).

Esta a essência democrática que deveria pairar nas discussões acerca do direito à moradia, principalmente com a participação dos menos favorecidos: os critérios para o seu exercício deveriam “crescer de dentro”, por meio da participação e opinião dos cidadãos brasileiros.

Assim entendemos que o direito à moradia, porque disposto entre as garantias constitucionais do artigo 6º da Constituição Federal tem *status* diferenciado de outras normas do sistema, sendo considerado um direito fundamental.

A posição de direito fundamental não somente tem o poder de blindar o exercício desse direito de outras garantias infraconstitucionais como também acerca de certas características universais, elevando-o ao status de norma jurídica histórica, a universal, a limitada a sua concorrência, irrenunciável, imprescritível, inalienável, irrenunciável, inviolável, efetiva, interdependente, complementar, fundamental, positiva, constitucional, aberta e inexaurível, de projeção positiva e perspectiva objetiva, de dimensão transindividual, de aplicabilidade imediata, de restringibilidade excepcional e cujo retrocesso é proibido.

Em termos interpretativos, colocar um determinado direito, como o direito à moradia, dentre os direitos fundamentais o coloca, em determinadas situações, como norma superior em relação à outra que lhe seja incompatível no sistema e lhe dá também a prevalência sobre esta, mas como dissemos esta regra não é absoluta, eis que diante de uma verdadeira antinomia, é possível que o direito à moradia acabe por competir com outra norma igualmente fundamental. Neste caso, o critério para decidir o caso concreto é político e econômico, e deve ser justo, eis que a justiça é, de certa maneira, o código doador de sentido do direito.

Tanto que não se pode olvidá-la nem no caso concreto e nem na criação dos critérios para a distribuição de bens sociais.

Portanto, ao se determinar os critérios para o exercício efetivo do direito à moradia no plano da concretude do Direito, haverá sempre categorias que serão preferidas e categorias que serão preteridas segundo um critério de igualdade (os iguais o exercem) e desigualdade (os desiguais são excluídos da categoria dos sujeitos de direito).

3- A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA NOS TRIBUNAIS

O direito à moradia tem por escopo minimizar o sério problema social do déficit habitacional no Brasil. Entretanto, o exercício a este direito fundamental não é absoluto, eis que, a moradia poderá ter seu exercício relativizado perante outros direitos igualmente constitucionais como é o caso dos direitos coletivos, como o meio ambiente e a proteção dos bens públicos. A tomada de imóveis públicos por favelas tem sido tema de ampla discussão no Poder Judiciário, tendo ocorrido, por inúmeras vezes a retomada do bem, visto que as construções foram ali erigidas em desacordo com a ordem urbanística, causando risco aos próprios posseiros, além de serem, por diversas vezes consideradas como “poluição indireta” pelos Tribunais, porque atentam contra a qualidade de vida daqueles que moram em volta de tais “loteamentos clandestinos”.

O direito à moradia, que se encontra no rol dos direitos sociais e fundamentais do artigo 6º da Constituição Federal, liga-se ao conceito de dignidade da pessoa humana enquanto garantidor de um local, de um espaço físico onde um indivíduo possa exercer sua liberdade na esfera privada, onde possa se realizar como pessoa.

Há, assim como em outros direitos fundamentais positivados, como é o caso do direito à liberdade, à vida, à dignidade, um conteúdo que não pode ser definido ou limitado a uma única condição de exercício. Assim, por exemplo, quando falamos em direito à vida, logo se pensa no direito de não ser morto por qualquer circunstância injusta; entretanto, quando o tema é o nascituro, as discussões logo surgem, visto que seria necessário, para salvaguardar inequivocamente tal direito, se saber em que momento pode se dizer que alguém é humano, se desde a concepção ou no momento em que os órgãos começam a tomar a forma de ser humano. Como isso ainda é pauta em discussão no mundo jurídico, o direito à vida permanece um tipo aberto, quer dizer, há de se encontrar seu significado jurídico em confronto com a situação concreta. No mesmo passo se encontra o direito à moradia: o problema não é estabelecer um lugar para que o indivíduo se fixe com ânimo definitivo; isto é meramente seu domicílio; a moradia tem algo mais, é o lar, é onde alguém vive e convive com a família de forma digna.

O problema do direito à moradia, nesse contexto é o de se saber exatamente em que termos um indivíduo o exerce de forma digna. É óbvio que uma pessoa vivendo debaixo de uma ponte não tem exercício efetivo do direito à moradia. Também fica claro que, muito embora as favelas sejam erigidas sobre solo clandestino e que são fruto

da vontade dos posseiros em ter um lugar para chamar de “lar”, as condições de higiene e saúde são ali precárias, o que não garante que o exercício do direito à moradia seja ali também efetivo.

O déficit habitacional acaba por gerar construções irregulares espalhadas nos centros urbanos e, infelizmente esta situação não é mais uma exceção, mas uma regra.

Entretanto, mesmo levando-se em consideração que as favelas são resultado de uma política habitacional deficitária, o Poder Judiciário tem relativizado o exercício do direito à moradia nesses casos. Esse direito, embora guarde vantagem hierárquica sobre outros direitos dada sua característica de direito fundamental, não é absoluto.

Em várias oportunidades, ao lado de direitos coletivos, como a proteção dos bens públicos e ao meio ambiente, o direito à moradia foi considerado o menos importante.

Claro que isto não é uma regra, o que se discutiu perante o Poder Judiciário nos casos analisados neste artigo é que o exercício ao direito à moradia não é apenas um direito subjetivo, quer dizer, não é apenas livre o sujeito para encontrar o lugar que quiser para chamar de lar e ali exercer sua liberdade de maneira digna, mas há de se contrastar essa vontade subjetiva com as condições consideradas dignas objetivamente: um barraco erigido sem as mínimas condições de habitação, sem luz, água ou higiene não pode, objetivamente ser considerado um espaço digno para a moradia. Além do mais, este exercício se reconhecido pelo direito acabaria por solapar os demais direitos considerados fundamentais coletivos, como o meio ambiente.

Podemos considerar que nestes casos, uma decisão a contrario senso, acabaria por determinar um abuso de poder no exercício do direito à moradia e estariam os tribunais reforçando uma era de direitos que não está no contexto atual da Social Democracia, mas do antigo regime liberalista, onde as garantias individuais valiam mais do que qualquer outra coisa e a liberdade foi compreendida como um livre fazer desde que a lei não proibisse.

O estado atual do Direito não permite mais esta concepção no sistema jurídico brasileiro. Ao lado dos direitos fundamentais convivem em pé de igualdade os direitos sociais e dentre eles, os direitos coletivos. Assim, a possibilidade de exercício de direito se tornou mais limitada, entre as liberdades deve-se levar em consideração os direitos de grupos, os direitos coletivos e os chamados interesses difusos.

3.1 Mínimo Existencial como Núcleo da Dignidade da Pessoa Humana e a Reserva do Possível

O rol dos direitos fundamentais positivados no sistema brasileiro é amplo e não se limita àqueles que estão dispostos no artigo 5º ou nos artigos 6º ou 183º da Constituição Federal.

Tais direitos são identificáveis porque se ligam à noção de dignidade da pessoa humana e não é incomum encontrar não somente regras, mas também princípios ou subprincípios. O problema que surge então, como assinala Barcellos (2002), é de se saber quais os efeitos desejados por tais subprincípios:

A primeira conclusão é que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

Apesar disso, e embora seja possível identificar, de todas as normas constitucionais apresentadas, várias regras – como a que dispõe a respeito da educação fundamental obrigatória e gratuita -, boa parte delas assume a forma de princípios ou subprincípios, cuja característica, como já mencionado, é a indeterminação, maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir e/ou a multiplicidade dos meios capazes de realizá-los. Este, portanto, é o primeiro problema a enfrentar na matéria: que efeitos essas normas pretendem produzir? (BARCELLOS, 2002, p. 191).

Para enfrentar o problema do que seja o mínimo existencial para a garantia do direito à moradia é de se compreender em que termos ocorre seu exercício efetivo. Podemos compreender o mínimo existencial como aqueles direitos sem os quais o indivíduo deixa de ser considerado humano:

O mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

Como afirma Nascimento (2013), o mínimo existencial é uma espécie de direito fundamental atômico que todo ser humano possui e, por esta razão, é válida independentemente de haver ou não uma prescrição legal que o positivou:

O mínimo existencial deve ser visto como a base e o alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental e essencial, vinculado à

Constituição Federal, e não necessita de Lei para sua obtenção, tendo em vista que é inerente a todo ser humano.

Quando falamos em mínimo existencial, é importante nos lembrarmos do Título II – “Garantias e Direitos Fundamentais”, da Constituição Federal. Nesse Título encontramos direitos tão fundamentais, sem os quais não conseguiríamos viver. Por isso, o mínimo existencial está ligado à ideia de justiça social. (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

O direito à moradia só pode ser compreendido em sua plenitude a par de um direito fundamental central: a ideia de dignidade da pessoa humana. Quer dizer, em outras palavras, que há um mínimo a ser preenchido nas condições para o exercício do direito à moradia e este mínimo é o direito a uma moradia digna.

Quando dizemos que o direito à moradia está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, seja como princípio ético e constitucional que é, queremos dizer que não se trata de um exercício qualquer de tomar como seu um lugar para morar, mas que o exercício deste direito se perfaça sempre de forma digna. Em outras palavras, a dignidade é, neste caso, o mínimo existencial para o direito à moradia e, sem ela, é como se tal direito fundamental social perdesse, de certa maneira, o seu sentido. Isso porque, como afirma Ana Paula de Barcellos, os sistemas constitucionais não são neutros. Neles, o legislador constituinte positivou tendências ideológicas que marcam a interpretação dos dispositivos legais e, portanto, não se trata apenas de uma orientação hermenêutica desprovida de alguns toques éticos ou morais. Daí porque, modernamente, entende-se que a par dos instrumentos interpretativos técnicos há outros como a indução e a dedução que fazem parte da atividade jurisdicional.

Assim, quando uma lesão de direito é levada ao Poder Judiciário para ser discutida, o que ocorre de fato, segundo a moderna teoria processual é que o magistrado tem, a par da técnica jurídica – aqui nos referimos a regras de hermenêutica jurídica, tais como a interpretação gramatical, teleológica, histórica, restritiva, expansiva e outras – há algo mais, há cultura, há valor axiológico e há um balizador mínimo na formação da convicção do juiz que é o mínimo existencial.

Por esta razão, afirma Didier (2013) que na atividade jurisdicional os precedentes são de grande importância.

Precedente significa fato anterior, ato antecedente a outro similar. Isso significa que, ao lado daquilo que conhecemos como hermenêutica jurídica, encontramos um sistema próprio que também gera direito: o sistema de precedentes.

Aquilo que o magistrado analisa na fundamentação da sentença não é mera premissa do dispositivo da sentença (norma individual), mas tem papel concreto na vida

do Direito: forma a ideia de fato anterior, ou seja, de argumentação já construída pelo Poder Judiciário (mesmo que seja em primeira instância, pelo juízo monocrático). Nesse sentido, o fato anterior tem força de corroborar com uma discussão ou conflito, se quisermos utilizar o termo jurídico mais comum, de modo a conduzir o caso a uma determinada interpretação possível.

Portanto, hoje não podemos falar em mera subsunção, interpretação ou integração da regra jurídica. Há que se compreender que processos dedutivos e indutivos são permitidos no conhecimento do Direito pelo juiz e o fato anterior criado pelo precedente auxilia nos processos dedutivos ou indutivos.

A indução pode ser considerada como a inferência conjectural que conclui da regularidade de certos fatos, a existência de outros fatos ligados aos primeiros na experiência anterior. Quer dizer que, no processo de indução, de uma amostra se conclui uma regra geral. Para a Filosofia, a indução é método através do qual de uma amostra definimos uma teoria genérica, incluindo elementos que não faziam parte dessa amostra/estudo. A indução faz a generalização, isto é, cria proposições universais a partir de proposições particulares.

A dedução é o método contrário à indução. Deduzir significa partir de uma regra geral para se chegar a uma regra particular.

Ora, ao argumentar na fundamentação da sentença os motivos de sua decisão, o magistrado deduz: geralmente parte da norma geral e a individualiza, descrevendo os passos de seu raciocínio. O precedente, então, visto do ponto de vista de sua criação é dedução.

Entretanto, o pensamento criado no precedente ou fundamentação se aplica somente àquele conflito individual (a sentença é norma individual). Entretanto, uma vez conhecido o caminho da *ratio decidendi*, isto é, da razão de decidir, os argumentos trazidos na fundamentação da sentença podem por indução, servir a outro processo. Não é por outro motivo que, utilizam os causídicos a jurisprudência e os precedentes para auxiliar na construção do convencimento do juiz.

Assim é que para que se possa realizar a justiça no caso concreto e estabelecer mediante aquilo que entendemos por justo, uma regra aceitável, há de haver as chamadas cláusulas gerais que são regras que permitem conteúdos interpretativos variados. É com ela que o juiz exerce seu poder criativo e pode adequar o caso concreto de modo a realizar a equidade.

Ao se estabelecerem regras ou cláusulas gerais no sistema jurídico, cria-se como que um respiro para que o sistema possa se regenerar. Pelo poder de criar normas, o magistrado pode resignificar, as regras, de acordo com os princípios norteadores de um determinado sistema, de modo a manter a regra viva e de acordo com a cultura vigente ao tempo da interpretação, para que a sentença possa, desta forma, corresponder, de alguma maneira ao anseio social.

Ora bem. A ordem jurídica brasileira como um todo, tendo a Constituição de 1988 como centro, não é um sistema axiologicamente neutro. Ao contrário, se podem existir variadas concepções sobre o direito, o constituinte originário expressou sua opção por uma delas na forma dos princípios fundamentais que escolheu o que, por evidente, tem repercussão na interpretação das normas jurídicas.

Sendo assim, ainda que não seja possível eliminar essa partícula volitiva e indeterminada da interpretação jurídica, e talvez nem fosse aconselhável fazê-lo, é certamente necessário algum tipo de balizamento que limite esse elemento do processo interpretativo, sob pena de frustrar-se a realização dos valores constitucionais pela substituição da concepção de Estado e de direito escolhida pela assembleia constituinte por aquela individualmente adotada pelo intérprete – a despeito de sua consagração em texto positivo e de todas as sofisticadas técnicas de interpretação. A conclusão é que os princípios constitucionais haverão de funcionar como essas balizas, tendo em conta a modalidade interpretativa da eficácia jurídica que lhes atribui (BARCELLOS, 2002, p. 146).

Assim, podemos chegar à conclusão que as discussões acerca do exercício do direito à moradia em termos concretos diante do Poder Judiciário não podem ocorrer de forma isolada, na medida em que, muito embora este direito tenha preferência sobre outros direitos dada a sua posição superior em razão da classificação como direito fundamental, seu conteúdo é limitado por um mínimo existencial que deve ser respeitado, no caso, o de uma moradia digna, balizado pela dignidade da pessoa humana que atua como um “vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício”, conforme BARCELLOS (2002, p. 146).

A moradia digna então, para o Direito, é um conceito aberto, pois muito embora possamos compreender o que é uma moradia, um local para se estabelecer, é certo que o qualitativo “digna” torna essa ideia um pouco vaga. Porém, como ressalta Ana Paula de Barcellos, essa “vagueza” ou imprecisão é necessária para que se possa garantir um espaço para o debate e participação dos interessados no que seja uma “moradia digna”. Esse jogo da argumentação, longe de ser um mal, é necessário para se construir os conteúdos referentes ao direito à moradia sempre no caso concreto. Isso é

possível porque existe um mínimo material que é considerado indispensável para a compreensão da moradia digna:

A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são (BARCELLOS, 2002, p. 194).

Ou seja, para quem dessas condições materiais, a norma perde seu sentido, seu núcleo e sua identidade.

Por outro lado, por diversas razões sociais, econômicas e políticas o direito à moradia não é plenamente exercido por todos os brasileiros. De um lado podemos utilizar o argumento comum de que se trata de uma política habitacional aquém da necessidade dos cidadãos, que acaba por gerar o chamado déficit habitacional: há mais pessoas para exercer o direito à moradia do que moradias dignas para que os indivíduos possam habitar.

Esse é outro problema que tem a ver com a chamada reserva do possível, reserva do financeiramente possível ou reserva da consistência. O fato é que o Estado Social no Brasil não tem recursos financeiros suficientes para suprir o déficit habitacional. E este é só um dos direitos sociais que está sem a devida provisão:

Ocorre que houve um crescimento muito elevado dos direitos fundamentais, e começou a surgir a falta de recursos do Estado para supri-los. É nesse contexto que nasce a reserva do possível: é o fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

Portanto, no plano da concretude, além de esbarrar com os limites impostos por outros direitos fundamentais, o direito à moradia também tem sua ação limitada à reserva orçamentária da Administração Pública que, por força de lei, está vinculada nestes casos à efetivação de um direito social desde que tenha recursos suficientes para tanto.

Nascimento (2013) nos dá notícia, em seu interessante artigo sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, que a questão das ações políticas para a efetivação de direitos humanos fundamentais e a provisão orçamentária do Estado teve como *leading case* o julgamento “Numerus Clausus I”, na Alemanha, em 1960. Nesta oportunidade, os interessados eram os alemães que exigiam o exercício do direito à profissão que fora

limitado pelo Estado alemão ao se determinar o número de vagas para algumas áreas dos cursos superiores nas universidades.

O problema fora a grande quantidade de pessoas à procura de alguns cursos, como o curso de direito, medicina e farmácia. A discussão se dava em torno do artigo 12, da Constituição alemã, que previa o direito à livre escolha da profissão e a limitação a esse direito imposto por uma política seletiva de vagas. Nem todos, portanto, poderiam exercer esse direito.

A decisão da corte foi a de que o indivíduo só pode exigir do Estado a prestação que esteja no limite do razoável.

Entretanto, alerta Nascimento (2013), que a reserva do possível é uma argumentação a ser utilizada com muita cautela pelo Estado para se eximir da prestação de um direito fundamental e, muito mais ainda, quando se tratar do mínimo existencial. Não pode, portanto, deixar de cumprir uma obrigação constitucional, porque o orçamento, “em tese”, não comporta o gasto necessário para a efetivação de um destes direitos.

Cabe destacar neste artigo que jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares. O Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

A questão da reserva do possível é extremamente complexa e exige um aprofundamento que não caberia em um artigo objeto desta pesquisa, pois não se trata meramente de uma causa de escusa em adimplemento de uma obrigação por parte do Estado, como se dá, por exemplo, naqueles casos em que, na regra geral do Direito das Obrigações, alguém se exime de fazer, deixar de fazer ou dar algo diante de caso fortuito ou de força maior.

O problema de se negar a prestação de uma obrigação constitucional na seara dos direitos humanos é também um grave problema social. Trata-se de escolhas e prioridades que o Estado estabelece caso a caso tendo em vista aquelas necessidades mais urgentes; porém, ao privilegiar, por este critério, alguns direitos, acaba-se por negar outros tendo em vista uma escassez relativa de recursos.

Esta é uma forma de se abordar a questão. Porém não se pode olvidar que o legislador constituinte, ao estabelecer os direitos a serem considerados fundamentais e

estabelecer um mínimo existencial para eles, acabou por impor à Administração Pública critérios mais ou menos determinados de quais direitos devem ser primeiramente concretizados no momento da previsão orçamentária.

Como várias vezes já se inferiu aqui, o Estado de direito constitucional significa que a ação do Poder Público está subordinada, isto é, juridicamente vinculada, aos termos da Constituição Federal. Isso não quer dizer que as iniciativas e os atos das autoridades já estejam inteiramente predeterminados pela Carta, mas certamente significa que tudo o que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido e respeitado pelos poderes constituídos (NASCIMENTO, 2013, p. 240).

Por esta razão é que nos casos em que se discute o direito à moradia nos tribunais, como ocorre na tomada de imóveis públicos por posseiros e favelados, não se discute somente a boa ou má fé da posse e o direito difuso dos moradores dos arredores destas construções irregulares ou mesmo a afronta ao meio ambiente, mas a obrigação constitucional da Administração Pública na manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Anotamos nos estudos de casos, mais adiante, a decisão dos tribunais superiores no sentido da inação do Município na defesa dos direitos fundamentais coletivos, e no Rio de Janeiro, a Administração Pública local foi condenada juntamente com os posseiros por omissão, visto que, quando notificada da existência de favela em local irregular não providenciou a transferência das poucas famílias ali existentes para outro local, e nem procurou regularizar a situação dos posseiros de outra maneira plausível.

No mesmo sentido, outro julgado, também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental, o Penedo Dois Irmãos. Legitimidade passiva do Município na qualidade de poluidor indireto primário, pela omissão no cumprimento de seu dever constitucional e legal de impedir a degradação ambiental, pelas construções ilegais. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário da União, Estado, Município, ocupantes e proprietários da área pela peculiaridade da ação civil pública, que visa defender interesses difusos e é regida pelo princípio da solidariedade, pelo qual incumbe ao autor escolher com quem demandar. Competência consequente da Justiça Estadual. A proteção do meio ambiente é um poder-dever do Município, vinculativo, não se cogitando pura e simplesmente de poder discricionário. Liminar concedida e revogada. Provisão do recurso para restabelecê-la diante da fumaça do bom direito e do perigo na demora (ABREU, 2009, p. 87).

Ressalte-se que a par da defesa ambiental que é dever do Município, nestes casos, que não são raros, visto que a proliferação das favelas nos centros urbanos das grandes cidades tem se tornado regra como resposta ao déficit habitacional e às políticas habitacionais que não alcançam os menos favorecidos, a Administração Pública também negligenciou o direito à moradia digna desses ocupantes “indesejados”.

O que ocorre, em termos reais, é o descaso da Administração Pública para cuidar do problema destas pessoas que, por motivos econômicos, estão excluídas das atuais políticas públicas habitacionais, o que acaba gerando as ocupações clandestinas e que o próprio Município assiste muitas vezes passivamente sem tomar qualquer providência.

Afinal, após a provocação do Poder Judiciário, os maiores prejudicados parecem ser os posseiros e favelados que, do pouco que tinham, erigiram construções precárias para morar e que acabam por lhe serem retiradas, na maioria das vezes sem que sequer recebam indenização por isso.

3.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais e a Exigência de sua Concretização Perante os Tribunais

O termo eficácia tem a ver com a possibilidade de exigência de um direito perante os tribunais. Na definição de Barcellos (2002):

Eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas. O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir e que, por qualquer razão, não veio a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pela norma e solicitar ao Judiciário que o produzisse no mundo dos fatos, coativamente (BARCELLOS, 2002, p. 60).

O direito a moradia, é direito integrante do rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, e para que tenha eficácia jurídica e social, depende de ações positivas do estado, através da execução de políticas públicas, nesse caso, de políticas da promoção da política urbana e habitacional. Com as constituições atuais, acaba por surgir um significativo número de normas programáticas, referentes principalmente no que diz respeito aos direitos humanos de segunda geração, com vistas a tornar essas normas de um caráter de aplicação imediata.

Como fundamento desta aplicabilidade imediata, temos a própria Constituição Federal considerando os direitos e as garantias fundamentais, quando da leitura do seu art. 5º, p. 1º.

No que se refere propriamente ao direito a moradia, temos que o Poder Público deve intervir tanto na ordem social como na econômica, adotando políticas públicas que regulem o uso e o desenvolvimento do território urbano, bem como analisar as áreas onde há necessidade de se construir moradias para quem necessita. Não somente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, mas em razão principal da constituição, esses direitos têm eficácia plena, gerando a obrigação imediata do estado em estabelecer as medidas necessárias para efetivar esses direitos, dentre os quais o direito à moradia.

Como dito, o art. 5º, e p. 1º da Constituição Federal Brasileira institui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Prevalece o entendimento de que essas normas abrangem todo o rol dos direitos individuais e coletivos deste artigo, e por interpretação extensiva, contêm em seus limites todos os direitos individuais e coletivos fora deste catálogo, positivados ou não.

Assim, acaba-se por exigir-se do estado que estabeleça programas e metas habitacionais, visando à concretização do direito a moradia. Desta forma vê-se então que o estado, enquanto efetivador dos direitos sociais tem feito sua parte no que diz respeito ao planejamento dos programas de habitação bem como do planejamento urbano, chamados de meios materiais indispensáveis ao cumprimento desses direitos.

Nesta esteira de entendimento, é oportuno destacar os ensinamentos do professor Saule Júnior (2004):

Nas normas definidoras do direito à moradia, a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato. O Estado Brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, construindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não tem acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida. (SAULE Júnior, 2004, p. 182-183)

Em verdade, a efetivação de direitos difusos, garantias e direitos fundamentais e direitos sociais uma interpretação sistêmica que objetiva, da forma mais ampla possível, dar força normativa aos preceitos e objetivos constitucionais, aos fundamentos

da República Federativa do Brasil. A interpretação constitucional busca também delimitar as diretrizes valorativas que deverão estar espelhadas nos instrumentos jurídicos que propiciarão a aplicabilidade das normas constitucionais e, por consequência, a efetividade de referidos direitos. Dar plena eficácia aos preceitos constitucionais implica a produção de normas infraconstitucionais que possibilitem a realizabilidade desse direito e também a sua efetividade.

Com base nesse raciocínio, o Estado é ator político e jurídico determinante para promover transformações no âmbito político, social e econômico. Deve ser um Estado interventor, que produza políticas públicas em busca da efetivação de seu sistema jurídico, que crie normas e ordenamentos jurídicos que possibilitem maior igualdade e justiça social, que atue por meio de seus funcionários na busca da concretização da dignidade da pessoa humana.

Dotar de efetividade os direitos sociais depende de um complexo de fatores, intrinsecamente relacionados. Sobre o tema, afirma Barretto (2003):

Os direitos sociais, portanto, não são categorias jurídicas de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis pressupõe a sua corporificação através desses direitos sociais. Essa relação torna-se ainda mais evidente quando constatamos que a plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecidos no texto constitucional, tem como seu fundamento dois instrumentos político-institucionais, os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro. Para tanto, os direitos sociais – entendidos como igualdade material e liberdade real – constituem uma fonte substantiva, não formal ou adjetiva, dos direitos fundamentais. E essa característica faz com que os direitos fundamentais no quadro do Estado Democrático de Direito sejam tais na medida em que assegurem e estabeleçam direitos sociais. (BARRETTO, 2003, p. 133-134).

Dessa forma, como resultante das normas que definem o direito a moradia possuírem essa aplicação imediata, é porque tem eficácia plena e como já se disse, fazem com que o estado tenha a obrigação positiva de adotar políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas da Constituição para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria.

O direito à moradia não concede aos cidadãos o poder de exigir uma residência do Poder Público, a sua materialização é muito árdua em razão dos custos e à aplicabilidade de suas normas e resolver o direito à moradia não é tarefa nada fácil, vez que não há norma jurídica que o tenha feito, quer em nível constitucional, quer infraconstitucional. Porém, a omissão constitucional não pode ser utilizada como alavanque para inação do Poder Público.

Diante da omissão constitucional não há impossibilidade de que um Poder interfira nos atos dos outros, quando haja prejuízos para a sociedade ou para um cidadão, considerando que o direito a moradia é um direito social e está expresso não só pela Constituição Brasileira em seu art. 6º, como também no Direito Internacional do qual o Brasil é parte, pois se trata de um direito fundamental protegido pela ordem jurídica positiva, cabe ao Estado efetivá-lo, promovendo políticas de proteção deste direito.

A omissão constitucional e a alegação da reserva do possível não podem ser utilizadas como justificativa para inação do Poder Público, o Estado deve agir de alguma forma para concretizar esse direito, é o poder competente para impelir o Estado, é o Judiciário, que diante da omissão estatal, deve agir para forçar o cumprimento das normas estabelecidas na Constituição Federal.

O juiz deverá conceder o direito a moradia, mas não deverá descrever os instrumentos utilizados pelo poder público para efetivar esses direitos, uma vez que não compete ao magistrado substituir o legislador para determinar a forma de gerência do Estado, pois há o limite estabelecido pelo respeito à tripartição dos poderes, que recomendam que as políticas públicas sejam implementadas prioritariamente pelo Legislativo e pelo Executivo e a possibilidade de concretização judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais está intimamente ligada, como assevera Sarlet (2007, p. 386), ao tema da eficácia e aplicabilidade, “já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia”.

O Poder Judiciário, então se encontra vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, quer no plano organizacional ou político, quer na sua própria função jurisdicional:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para, além disso, (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É nesse contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo,

que definem para si mesmo e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e o sentido “correto” dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 396).

O exercício jurisdicional, portanto, ao interpretar ou integrar novos direitos às prescrições constitucionais acaba por criar o Direito.

Como ressaltam Reale (2001) e Ross (2007), ao se interpretar a norma não lhe cabe somente uma mera reprodução do conteúdo do texto normativo, mas ao lado do sentido dado às demais normas constitucionais e seus princípios o magistrado acaba por recriar o Direito no caso concreto. Daí porque, para alguns, trata-se do “Direito vivo”.²

²Reale (2001) ressalta os três aspectos, fato, valor e norma na criação do Direito em uma relação que ele denominou de dialética de complementaridade: um dos três elementos é sempre determinado pelos outros dois, de forma que a cadeia que cria o Direito é infinita, ou seja, se um novo valor se somar à norma existente, haverá um novo fato e este fato deverá ser reconhecido pelo Direito. Eis a dinâmica do sistema jurídico. Para Ross (2007), mais radical, o Direito só surge quando é interpretado pelos tribunais. É só na concretude que nasce o verdadeiro Direito.

4- RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia deve ser efetivo em dois aspectos. Um objetivo, que diz respeito, segundo Abreu (2009):

[...] à garantia de um espaço dotado de condições materiais mínimas para a vida digna como, p. ex., a disponibilidade de infra-estrutura básica que assegure saúde e segurança e uma localização que permita acesso ao emprego e à educação (ABREU, 2009, p. 52).

O outro, de ordem subjetiva se liga à ideia de reconhecimento de um espaço livre e íntimo para a vida cotidiana que é o lar e que possibilite “a construção de identidades e o desenvolvimento da própria personalidade dos sujeitos” (ABREU, 2009, p. 52).

Assim, a efetividade do direito à moradia deve, unindo-se os aspectos objetivo e subjetivo, atentar para as seguintes diretrizes: segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; disponibilidade financeira, habitabilidade; acessibilidade, localização; adequação cultural (ABREU, 2009).

Essas diretrizes podem ser concretizadas no plano da efetividade, através dos mais diversos instrumentos jurídicos: a compra e venda de imóvel, o aluguel, o comodato, as formas de cessão de direitos sobre imóveis, quaisquer que sejam elas; o usufruto e outros.

A par desses instrumentos já reconhecidos, há outros, informais, como a ocupação clandestina de terrenos, construção de favelas, ocupação de imóveis públicos:

A moradia produzida informalmente por parte das classes economicamente mais pobres, por seu caráter muitas vezes desordenado, costuma colidir com normas de planejamento urbano e/ou com normas ambientais, como é o caso da constituição e do crescimento da chamada moradia de *favela*. Quando isso não ocorre, a produção informal da moradia normalmente colide com o direito de propriedade imobiliária do Estado ou de um particular, como é o caso das ocupações espontâneas ou organizadas, cada vez mais comuns, de prédios públicos e privados abandonados nos centros de metrópoles como Rio de Janeiro e São Paulo (ABREU, 2009, p. 63).

Esses casos guardam uma grande complexidade interpretativa eis que se têm, de um lado, os princípios constitucionais da proteção da propriedade, do meio ambiente

e da ordem urbanística, além dos bens públicos e de outro, o direito à moradia, da função social da posse e da propriedade e da função social da cidade.

Assim, muito embora o direito à moradia seja um direito fundamental, sua prevalência é relativa, porque, em conflito com outras normas constitucionais igualmente fundamentais, tais como os direitos coletivos ao meio ambiente ou a proteção dos bens públicos, podem estes prevalecerem sobre àquele.

Em interessante análise sobre o tema, João Maurício Martins de Abreu aponta o caso da ação civil pública (1998.683.010033-9) proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra ocupantes de uma área pública que ali estabeleceram moradia em forma de favela no município de Belford Roxo – RJ.

O pedido, em suma, consistia na desocupação da área e demolição das casas ali construídas por violação ao meio ambiente, ocupação clandestina de um bem público, pois estariam “usurpando um patrimônio ambiental e paisagístico que pertence a todos os cidadãos” (ABREU, 2009, p. 71).

A decisão final, em sede recursal, levou à condenação tanto a Administração pública municipal por não proteger como devia o meio ambiente, permitindo a poluição de via pública (eis que as casas foram construídas nas margens da via), quanto aos ocupantes clandestinos, porque não poderiam usucapuir a área for força legal. Eis o voto do Relator:

Ação civil pública. Ação proposta pelo Ministério Público em face de município objetivando a desocupação de via pública ocupada por favela. Sentença de procedência do pedido, ao fundamento de que as construções irregulares foram edificadas em logradouro público e não foram licenciadas, violando o Código de Obras do Município e sua legislação urbanística, além de enquadrarem-se no conceito de poluição, previsto no art. 3º, III, c, da Lei Federal n. 6938/81. Recurso dos posseiros, na qualidade de terceiros prejudicados e do município. Desprovemento dos recursos. Objetivando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, o cumprimento de obrigação de fazer (“devida pelo”) ente público, ante a lesão perpetrada ao meio ambiente e à ordem urbanística local, não há litisconsórcio necessário entre o município e todas as demais pessoas que irregularmente ocupam a área pública, pois estas não podem ser condenadas a satisfazer a prestação positiva postulada na inicial. Tendo em vista tratar-se de posse de má-fé, inexistente direito de indenização e retenção pelas acessões e benfeitorias existentes. Não é crível que os invasores, por mais humildes que fosse, ignorassem que a sua posse estava irremediavelmente viciada. Afinal, ninguém constrói uma espécie de favela no meio da rua e não tem consciência de que está agindo em contrariedade às normas de convivência e do direito. Ninguém edifica uma casa no meio de uma via pública sem estar agindo de má-fé. Ainda mais no caso dos recorrentes, que desenvolveram sua posse ameaçando e amedrontando os vizinhos, que tiveram de assistir impotentes ao surgimento de uma favela a quatro metros de suas portas. Não estando, ademais, preenchidos os requisitos legais, inviável a concessão de

uso especial de bem público (arts. 1º e 5º da Medida Provisória n. 2220/2001). Não há dúvida de que a posse deve atender a sua função social e que a invasão em causa é reflexo do conjunto de uma série de problemas sociais. Entretanto, essas questões devem ser resolvidas em harmonia com a Constituição e com as leis. A sentença não apresenta qualquer contradição, estando os prazos para seu cumprimento fixados em perfeita sintonia (BRASIL, 2014).

Assim, o que se observa é que o direito à moradia, no embate de outros direitos fundamentais e constitucionais pode ser relativizado.

No caso narrado, prevaleceram o direito coletivo ambiental e o da proteção aos bens públicos ou coletivos. Com este caso guardam semelhança outros. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO, OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeitorias. 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Jhering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O artigo 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público. 8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno. O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.). 9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas pressupõe vantagem advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arpejo da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição. 11. Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e

construções ilegais e legítimas, com garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público. 12. Recurso Especial provido (BRASIL, 2014).

Ainda:

Ementa: da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias (REsp863.939/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJE 24.11.2008). Não se pode configurar como de boa-fé a posse de terras públicas, pouco relevando o tempo de ocupação, sempre precária, sob pena de submeter-se o Poder Público à sanha de invasões clandestinas. [...]. (AGRESP 799765) - Demonstrada a irregularidade da construção, impõe-se a sua demolição às expensas do particular, uma vez que responsável pela barraca indevidamente erguida em área de praia. - No caso dos autos, verifica-se a aplicação da multa prevista no art. 10 da Lei 9.636 /98, conforme orientação do STJ que ao apreciar demanda idêntica à dos autos decidiu no seguinte sentido: '[...] Todavia, a existência ou não de boa-fé, consoante bem realçou a União, em suas razões recursais, não é motivo para se deixar de aplicar a multa em comento. E, ainda que fosse não há falar em boa-fé, in casu, porquanto tinha as recorridas plena consciência de estarem ocupando terreno que não lhes pertencia, tanto que buscou regularizar a sua situação, segundo ressaltou o próprio acórdão ora hostilizado. Consoante se depreende das normas aplicáveis, deverão as recorridas pagar à União, a título de indenização, pela ocupação ilícita de terreno de uso comum do povo, o correspondente a 10% do valor atualizado do domínio pleno deste terreno, tendo-se como dies a quo 6 de março de 2002, data em que ajuizada a presente ação de reintegração de posse. Anteriormente a tal data, não se pode concluir ter a União sido privada da posse dos imóveis, vez que não buscou se imiscuir na sua posse. [...]' (RESP 855749). - Apelação do particular improvida. - Apelação da União provida (BRASIL, 2014).

Observa-se, desta feita, que o direito à moradia, quanto à sua efetividade nos tribunais, resulta da interpretação deste direito fundamental a par de outros direitos fundamentais coletivos, quais sejam o direito ao meio ambiente saudável, a defesa do patrimônio público e a boa-fé quanto à vontade de tornar como seu local para ali habitar e para formar um lar.

Não concebe como se percebe o Poder Judiciário que o direito à moradia tenha exercício exclusivo sobre outros direitos, mesmo que se tenha em vista a questão do déficit habitacional, sério problema social, que tem gerado constantemente a tomada de terrenos públicos pelas chamadas “favelas”.

Por outro lado, como bem combate Abreu (2009), há que se questionar a própria interpretação de artigos infraconstitucionais e sua conformidade com os princípios basilares do Estado Social Democrático.

Assevera, ainda, o autor que no embate do direito à moradia dos favelados que tomam imóveis públicos e ali erigem suas casas de forma irregular o que tem

prevalecido, para que se possa justificar a desocupação do terreno é a questão da prevalência de direitos coletivos e difusos, como é o caso da proteção ambiental.

Destarte, segue Abreu (2009);

Houve, por anos, durante toda a tramitação em primeira instância, um silêncio inquebrantável acerca do direito à moradia que assistia aos assentados: um silêncio, portanto, eloquente em relação à efetividade da defesa de tal direito nessa importante fase processual, próxima do grau zero (ABREU, 2009, p. 108-109).

Essa argumentação, para ele, guarda no fundo, um posicionamento ainda rígido dos tribunais com relação à dignidade da pessoa humana como mínimo existencial para os posseiros.

E o que podemos retirar de geral e representativo no mérito do processo judicial que analisamos é o recurso a uma visão enrijecida de conceitos tradicionais do Direito Civil e a indisponibilidade dos atores envolvidos (Poder Judiciário na proa) de reinterpretar normas jurídicas infraconstitucionais, ponderando-as com a necessidade de dar efetividade, também, à defesa do direito à moradia (ABREU, 2009, p. 108-109).

Em todos os casos analisados aqui, argumenta, o Poder Judiciário alega que os favelados não têm direito à indenização diante da desocupação, porque são posseiros de má-fé. Além disso, não podem usucapuir a área pública por expressa vedação legal. Assim, depois de décadas de ocupação, estas pessoas são obrigadas a sair do local, sem direito a nenhuma indenização, enquanto que a Administração Pública assistia passivamente a ocupação tomar forma.

O Município, muitas vezes, ciente de que ali se estabelecera uma pequena comunidade de favelados nada fez e deixou que as ocupações se avolumassem, inclusive permitindo a organização de um comércio também informal dentro da área ocupada. No caso da ação civil pública 1998.683.010033-9, a decisão do magistrado foi emblemática e nos leva a refletir se não há um descaso do Poder Judiciário para se debruçar sobre a discussão da efetividade do direito à moradia justamente em situações mais críticas de sua exigência que são as favelas.

Afirmaram os assentados, em nosso processo, que exerciam posse justa e de boa-fé e, fundados nessa qualificação, requereram que aos menos lhes fosse concedida uma indenização pela perda de suas residências que seriam demolidas, a fim de se lhes facilitar a procura de nova moradia. (É importante, aqui, ressaltar uma particularidade de nosso processo, que confere maior dramaticidade ao pedido subsidiário de indenização: a decisão

de primeira instância referendada pelo TJERJ e pelo STJ, não fez qualquer menção em relação ao destino dos assentados após a demolição de suas casas e o seu desalijo. Ou seja, o Município-réu cumpriria integralmente a letra da decisão transitada em julgado se demolisse as casas e deixasse os assentados na rua; não haveria necessidade jurídica de reassentá-los: nem o Ministério Público, autor da ação, nem os órgãos do Poder Judiciário se importaram com o destino dos assentados) (ABREU, 2009, p. 109).

Discutir o direito à moradia em casos de execução de bem imóvel considerado bem de família, em casos de cláusulas abusivas em contratos de financiamento de imóveis não é uma questão tão dura e marcante como ocorre com a falta de moradia para os mais pobres que acabam se tornando favelados.

Geralmente essas pessoas quando se valem do exercício, ainda que seja arbitrário, do direito de moradia em áreas públicas ou bens imóveis públicos têm contra si a impossibilidade de usucapião e, nos casos em que nos debruçamos, não contam com a possibilidade de indenização porque considerados posseiros de má-fé.

A crítica principal que se pode fazer às inúmeras decisões nesse sentido é a de que os dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do instituto da boa-fé e má-fé no âmbito do direito civil, não estão sendo interpretados de acordo com o mandamento constitucional do direito à moradia. Sua efetividade depende desse confronto no plano do direito concreto, ou seja, das decisões dos tribunais.

Fala-se em defesa da ordem urbanística e do direito ambiental, mas não se põe em pauta o direito à moradia dos posseiros ou assentados. Não se confronta uma possível lesão à dignidade da pessoa humana dessas pessoas que, sem a assistência que o Estado lhes deve para poderem exercer um direito seu à moradia, restam sem nenhum cuidado.

Como bem sintetizou a tendência dos tribunais brasileiros sobre a questão, Abreu (2009) prossegue:

[...] o Código Civil brasileiro (e isto vale tanto para o de 1916 como para o de 2002) adotou a teoria da posse do jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892), haurida na segunda metade do século XIX. Segundo tal teoria, a posse seria a exterioridade e o complemento do direito de propriedade: é possuidor, portanto, aquele que exerce um dos poderes inerentes à propriedade (arts. 585 do CC/1916 e do CC/2002). Tendo os assentados estabelecido sua moradia em logradouro público e sendo os bens públicos insuscetíveis de aquisição por usucapião (art. 102 do CC/2002 e art. 183, § 3º, da Constituição Federal, nenhum assentado poderia ser considerado tecnicamente possuidor da área pública, porque, ainda que a ocupando, sobre tal área jamais exerceria qualquer poder inerente à propriedade: uso, gozo, fruição, disposição e direito de reivindicação contra terceiros. Quanto menos em se tratando de bem de uso comum do povo, como uma rua ou praça, que são bens fora do comércio jurídico, inalienáveis até mesmo por vontade do Poder Público (art.

67 do CC/1916 e art. 100 do CC/2002). O assentado não seria possuidor, mas sim mero detentor de fato do bem público, segundo esse raciocínio. E este, o detentor, não teria direitos a reivindicar quando desalijado do poder de fato que exercesse sobre o bem público que ocupava, independentemente da causa do desalijo: se fruto de argumentos de preservação ambiental e da ordem urbana, como na Ação Civil Pública que analisamos, ou se fruto de Ação Reivindicatória ou Ação Possessória promovidas pelo proprietário público da área – o argumento tradicional e central (a caracterização de mera detenção de fato de bem público) é o mesmo para todos esses casos (ABREU, 2009, p. 109).

Neste caso, pela letra da lei, à luz da leitura do artigo 1.201, do Código Civil, todo aquele que assentar moradia em área pública seria sempre considerado um possuidor de má-fé, eis que não pode ignorar que está tomando um bem público para estabelecer ali sua casa. Tal foi a conclusão do Desembargador Relator na ação civil pública 1998.683.010033-9:

Não é crível que os invasores, por mais humildes que fosse, ignorassem que a sua posse estava irremediavelmente viciada. Afinal, ninguém constrói uma espécie de favela no meio da rua e não tem consciência de que está agindo em contrariedade às normas de convivência e do direito. Ninguém edifica uma casa no meio de uma via pública sem estar agindo de má-fé (BRASIL, 2014).

O que se pode compreender, enfim, é que, no que diz respeito à situação do exercício do direito à moradia pelos mais pobres, o tema se torna polêmico e, em termos de efetividade junto ao Poder Judiciário o que se tem repetido é o silêncio das discussões acerca deste direito fundamental para os mais necessitados que, carentes de qualquer aparato junto ao Poder Público, acabam por erigir, desordenadamente suas moradias precárias em área que não podem usucapir e nem adquirir quaisquer espécies de direitos sobre a moradia existente, eis que meros detentores do bem público e possuidores de má-fé acabam, muitas vezes, sem qualquer tipo de indenização quando da retomada do imóvel pela Administração Pública local.

Isso reflete uma interpretação “fechada” e extremamente legalista dos dispositivos legais infraconstitucionais, em especial, sobre a questão da posse e da propriedade dos bens públicos. Elas têm sido consideradas questões de maior relevância em face do direito fundamental à moradia; entretanto, na teoria da sistemática interpretativa da própria constituição, é a discussão do direito à moradia e da sua possível eficácia que deveria ser o mérito central da questão.

O direito à moradia é na sistemática constitucional considerado um direito fundamental e, por esta razão, goza, em tese de uma prevalência em termos de eficácia

normativa. Quer dizer que, em confronto com outras normas do sistema jurídico brasileiro, é o direito à moradia quem prevalece dada a sua superioridade hierárquica em relação, por exemplo, às regras do Código Civil. Trata-se de sua eficácia interpretativa.

Entretanto, na análise dos casos em que o direito à moradia é exercido de forma autônoma pelos mais necessitados, notamos que a teoria não vem sendo aplicada na prática dos tribunais, eis que em várias oportunidades, o Poder Judiciário tem enfrentado a questão dos assentamentos de favelados em vias ou áreas públicas somente como uma questão de posse de boa-fé e de posse de má-fé, deixando de lado a discussão do direito fundamental à moradia destes posseiros.

Esta falta de enfrentamento acaba por delatar certa tendência em se interpretar hermeticamente os dispositivos do Código Civil com relação à posse e propriedade e a garantia de proteção aos bens públicos que não podem ser usucapidos pelo particular, em questão, os assentados. Nem mesmo direito à indenização pela determinação judicial da derrubada dos imóveis ali construídos ilegalmente os favelados parecem conseguir. Há uma unilateralidade interpretativa dessas situações sociais críticas tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público que se limita a intentar as ações cíveis públicas somente para defender os interesses difusos e coletivos da população pela lesão ambiental e pela proteção dos bens que são de todos os cidadãos. A defesa de um direito igualmente fundamental e que deveria ser preocupação do *Parquet* quando da sua atuação como fiscal da lei tem sido atribuída à Defensoria Pública, pois é dela o encargo da defesa dos direitos dos mais pobres.

Em que pesem as incursões dos defensores para a defesa do direito à moradia de favelados, o que se nota é que sua presença no processo parece ser meramente formal a garantir somente o direito de defesa dos interessados, mas não há oportunidade para que a defesa realmente possa ser considerada pelo órgão decisório como apta a lhe atingir a convicção, deixando, assim de materializar o direito de efetiva participação no processo.

4.1 Aluguel Social

O Fundamento Constitucional do aluguel social é constituído pela manifestação da dimensão positiva do direito a moradia que esta intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No aluguel social existe a previsão da criação de formas existentes para atender necessidades que sobrevieram através da vulnerabilidade temporária e calamidade pública.

O qual se encontra esculpido no artigo 22 da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) que dispõe sobre o pagamento de benefícios eventuais aos cidadãos e às famílias em situações de vulnerabilidade temporária e calamidade pública, *verbis*:

Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública.

[...]

§ 2º O CNAS, ouvidas as respectivas representações de Estados e Municípios dele participantes, poderá propor, na medida das disponibilidades orçamentárias das 3 (três) esferas de governo, a instituição de benefícios subsidiários no valor de até 25% (vinte e cinco por cento) do salário-mínimo para cada criança de até 6 (seis) anos de idade (BRASIL, 2014).

Neste sentido entende-se por estado de calamidade pública o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, advinda de baixas ou altas temperaturas, tempestades, enchentes, inversão térmica, desabamentos, incêndios, epidemias, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

Com base nos direitos sociais o Estado Brasileiro ampliou estes direitos através da Lei nº 12.435/11, *verbis*:

“Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II - a vigilância sócio assistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões sócio assistenciais (BRASIL, 2014).

Apenas com o intuito de fazer valer esse direito deve se colacionar a decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, TJ-RJ apelação Nº 00040232120098190017, que obrigou o poder público municipal a pagar o aluguel de um imóvel para uma família de baixa renda chefiada por mulher além de ser portador de doença renal crônica, já em estágio terminal necessitando de hemodiálises regularmente, o que compromete sua capacidade laborativa.

Merece transcrição, por oportuno, o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra CARMEM LUCIA ao relatar o Agravo de Instrumento nº 564031/SP, julgado em 30/04/2007.

O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos (BRASIL, 2014).

O presente caso trata se de família que provou suas penúrias financeiras e que busca auxílio do aluguel social pelo poder municipal através de programa social de baixa renda que vigorava naquele município, já que outras famílias foram contempladas e continuam sendo ajudadas através dele a elas garantido o direito à moradia, consagrado no art.6º da Carta Política.

O Tribunal de Justiça através da 14ª Câmara Cível concluiu que [...], o município não poderia se escorar em tal justificativa para suprimir programa social público que garante moradia às camadas mais desassistidas da população, justamente por ausência de previsão orçamentária, alegação que contraria frontalmente a garantia da intangibilidade do mínimo existencial, que abarca, repita-se, entre outras garantias, o direito à moradia., afirmou a decisão.

4.2 Possibilidade da Penhora

Primeiramente deve-se deixar consignado o posicionamento a que se fundamentará a possibilidade de penhora do fiador, pois, neste capítulo, cabe abordar a importância da possibilidade de se penhorar o único bem de família do fiador em contrato de locação de imóveis em prol do equilíbrio social, econômico e jurídico do mercado imobiliário e outras questões pertinentes ao caso.

Em vista da pesquisa realizada, deve-se analisar alguns aspectos relevantes para se avaliar a utilidade e legalidade da possibilidade de penhora de bem de família de quem presta fiança para a locação de imóvel urbano, prevista no inciso VII do art. 3º da Lei Federal nº 8.009 de 1990.

Nesta oportunidade, vale lembrar que há tramitação de Projeto de Lei visando unicamente à impossibilidade de penhora a quem presta fiança, assim para uma abordagem mais detalhada e significativa nos preceitos teóricos, refletir-se-á sobre o Projeto de Lei Federal nº 6.413 de 2009, que visa a impossibilitar esse tipo de penhora.

Sem dúvida, com a inclusão do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), até mesmo o único imóvel residencial do fiador passou a ser penhorável, uma vez que passou a constituir-se em mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade legal, princípio-mor da Lei 8.009/90.

Pode-se aqui perguntar qual a razão para essa alteração, ou melhor, qual o motivo do acréscimo do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pela Lei do Inquilinato?

A resposta pode ser proferida da seguinte forma: sendo esta a única segurança no mercado imobiliário e o fortalecimento deste, colaciona-se as palavras de ALBERTON (2003):

O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação", visava tão-somente proteger a locação (ALBERTON, 2003, p. 119).

Pois bem, o argumento que se opera, é que sem essa garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, tornaria muito difícil e sem qualquer segurança trabalhar no mercado imobiliário. Assim sendo, para favorecer a moradia, permitiu-se que sobre o fiador viesse recair a exclusão quanto à impenhorabilidade do imóvel residencial.

Contudo, com a edição da Lei, que, em última análise, previa ser impenhorável o bem de família também do fiador locatício, o mercado retraiu-se largamente, passando a tomar medidas mais direcionadas e específicas aceitando como fiador somente aquele que fosse proprietário de mais de um imóvel, uma vez que um dos imóveis era bem de família legal e o outro serviria, em tese, para satisfazer o crédito do credor, ou seja, do locador, acaso o afiançado não pagasse os aluguéis.

Ocorre que, como notório, diversas repercussões formaram-se com o tempo no mercado imobiliário em geral, diante da situação que já não era mais viável e principalmente dificultosa, pois não atendia mais o destino final, na medida em que a Lei 8.009/90 restringiu e limitou as locações em geral, devido à dificuldade para encontrar fiador proprietário de mais um imóvel.

Por óbvio, que nas situações de grande repercussão e principalmente em se tratando de um mercado totalmente importante na economia do país, o legislador não poderia se eximir de tal afronta e assim pode-se dizer que o legislador foi pressionado, para que atendesse a finalidade abrindo a expectativa para as locações.

Como já demonstrado em linhas anteriores a alteração teve como principal elemento o *lobby* dos administradores de imóveis, representando os legítimos interesses dos locadores, objetivando a melhoria e expansão do mercado de locações. Nesse sentido, discorrendo acerca do artigo 82 da Lei do Inquilinato, a jurista Diniz (1992) assim verbera, *verbis*:

Devido ao acréscimo do inciso VII ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90, a impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. O fiador não poderá, então, beneficiar-se da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família, na hipótese de processo de execução relativo à fiança que prestou como garantia de um pacto locatício, assegurando o cumprimento das obrigações contratuais *exlocato* pelo afiançado (inquilino).

Assim sendo, perante esta disposição normativa, o fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel que lhe serve de moradia, no processo de execução contra ele movido, em razão de fiança prestada. Se o inquilino não cumprir seus deveres locativos, abrir-se-á execução contra o seu fiador, e o imóvel onde este reside não estará coberto pela garantia legal de insuscetibilidade de penhora. O locador, que veio a optar pela caução fidejussória, terá, conseqüentemente, maior garantia do adimplemento das obrigações locatícias (DINIZ, 1992, p. 329).

De sorte que, a partir da alteração já referida, assim vinha se dando a casuística, de forma recorrente: acaso o afiançado (o devedor principal, o inquilino ou locatário) não pagasse os aluguéis e, em tendo havido a renúncia ao benefício de ordem (como de costume assim ocorre, na esteira do artigo 828 inciso I do CC), o fiador teria sim seu imóvel residencial penhorado, por força da exceção capitulada no artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90, não mais podendo arguir a exceção da impenhorabilidade; em sequência, e, por conseguinte, uma vez satisfeito o crédito do credor locador, o fiador, agora na condição de terceiro interessado se sub-rogaria nos direitos do locador (art. 346 inciso III c/c art. 831 1ª parte do CC) e, em seguida, faria uma ação regressiva

em face do afiançado para ressarcir-se (art. 285), sendo essa regressiva, contudo, geralmente infrutífera, haja vista que o afiançado defendia-se arguindo a exceção da impenhorabilidade do seu único imóvel residencial.

Assim pode-se concluir deste capítulo que analisando a alteração legal e a norma a que se referem, faz-se entender que enquanto impenhorável é o imóvel residencial do afiançado (locatário), devedor principal ou inquilino, vez que protegido pela regra geral da impenhorabilidade legal ditada pelo artigo 3º, caput da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do fiador ou devedor acessório é penhorável, por força da exceção legal, prevista no artigo 3º, inciso VII, da lei ora em comento.

4.3 Necessidade da Penhora

Consoante o artigo 37, II, da Lei do Inquilinato, o locador pode determinar que o locatário ofereça uma das quatro modalidades de garantia locatícia: caução, fiança, seguro de fiança locatícia ou cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento.

Com exceção da locação por temporada, nas demais espécies de locação a fiança é certamente a modalidade mais utilizada, especialmente porque, dentre as opções facultadas pela lei, a fiança é a garantia mais acessível e menos onerosa para o locatário.

A garantia nos contratos de locação é fundamental para assegurar ao locador o cumprimento do que foi avençado, e, se a lei furtar do locador a possibilidade de executar o imóvel do fiador, seja em uma locação residencial ou não, acabará resultando em insegurança, pois, certamente, a fiança, que é a modalidade mais tradicional e acessível aos locatários, ficará fragilizada e até mesmo inócua.

A possibilidade de alcançar o imóvel do fiador, prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, visa a facilitar a concretização das locações, vez que dá também oportunidade aos proprietários de um único imóvel de serem aceitos como fiadores. Portanto, alterar a lei para que o imóvel destinado à família do fiador não possa ser penhorado judicialmente a fim de honrar os encargos da locação, importaria em inviabilizar a fiança, fato que não é condizente com o próprio espírito da lei que visa a facilitar e não impedir locações, portanto contrário ao projeto que tramita na Câmara dos Deputados, tentando em mais uma oportunidade o retrocesso e a insegurança dos mercados financeiros.

5 - INCONSTITUCIONALIDADE

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça tivesse certa divergência interna quanto à aplicabilidade imediata do novo inciso VII, do art. 3º., da Lei 8.009/90, aos processos em curso, o tribunal sempre mostrou-se favorável a penhorabilidade, como se vê a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REDUÇÃO DA PENHORA. MOMENTO DE ALEGAÇÃO. ART. 685, I E II DO CPC. IMÓVEL CARACTERIZADO COMO BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. CABIMENTO. ART. 82 DA LEI 8.245/91. INC. VII, ARTS. 1º E 3º DA LEI 8.009/90. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO DE 10% PARA 2%. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. I – Consoante a regra inscrita no art. 685, I e II do CPC, a alegação de excesso ou o pedido de redução da penhora dever ser formulado na execução, após realizada a avaliação. Na hipótese, o v.acórdão recorrido, em sede de embargos à execução, indicou como momento apropriado para este mister a exata regra do mencionado dispositivo processual, no que aplicou ao litígio a adequada solução. II – A Lei 8.245/91, ao inserir o inciso VII no art. 3º da Lei 8.009/90, autorizou expressamente a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia. III – O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações locatícias, descabendo na espécie, com apoio nesta norma, vindicar a redução da multa - contratualmente pactuada entre as partes -, de 10% para 2%. “IV – Recurso especial conhecido, mas desprovido” (REsp 302603, Relator Ministro GILSON DIPP, julgamento 06/04/2001, DJ 04.06.2001, p. 235)

LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ARTIGO 82, LEI 8.245/91. ARTIGO 3º, LEI 8.009/90. NOVA REDAÇÃO. O ordenamento jurídico pátrio possui como regra a impenhorabilidade do bem de família. Porém, com as disposições trazidas pela Lei 8.245/91, em seu artigo 82, que não confere ao referido bem, ainda que seja o único, o caráter da impenhorabilidade, nova redação foi dada ao artigo 3º da Lei 8.009/90, mormente pela introdução do inciso VII em seu rol. Configura-se válida a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia. Precedentes do STJ. Esta Corte tem como recomendação mais adequada a orientação segundo a qual o bem, se for indivisível, será levado por inteiro à hasta pública, cabendo à outra metade proprietária, 50% do preço alcançado. “Recurso especial provido” (REsp 583484, Relator Ministro PAULO MEDINA, julgamento 02/03/2004, DJ 29.03.2004, p. 287) (BRASIL, 2014).

Todavia, após o Supremo Tribunal Federal consolidar sua interpretação sobre a constitucionalidade da norma, como será abordado no próximo tópico, a questão voltou a ser pacífica, como revelam os acórdãos a seguir:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 E ART. 82 DA LEI 8.245/91. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF. 1. É pacífico no Superior

Tribunal de Justiça o entendimento de que é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688, declarou a constitucionalidade das mencionadas normas, em face do disposto no art. 6º da Constituição da República, que consagra o direito à moradia a partir da edição da Emenda Constitucional 26/2000. 3. “Recurso especial conhecido e provido” (REsp 876511, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgamento 17/04/2007, DJ 07.05.2007, p. 368).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. É possível a penhora de bem de família como forma de garantir a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, não obstante a Emenda Constitucional 26/00 tenha incluído a moradia entre os "direitos sociais". Precedentes do STF e STJ. 2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ). 3. “Recurso especial conhecido e improvido” (REsp 856753, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgamento 06/09/2007, DJ 22.10.2007, p. 359).

DIREITO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. GARANTIA OFERTADA EM FAVOR DA FAMÍLIA. DESNECESSIDADE. FIADOR QUE INTEGRAVA O QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA AFIANÇADA. RETIRADA POSTERIOR. AÇÃO DE EXONERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento no sentido de ser possível a penhora de bem de família como forma de garantir a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, incluído pela Lei 8.245/91, que, por sua vez, não faz nenhum tipo de restrição à origem da fiança, se em favor da própria família ou de terceiros. 2. O art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 visa facilitar a concretização dos negócios locatícios, possibilitando que também os proprietários de um único imóvel sejam aceitos como fiadores. Destarte, limitar sua aplicação aos casos de fiança prestada em favor da própria família do fiador importaria em dar ao dispositivo legal interpretação não-condizente com o espírito da lei, praticamente inviabilizando sua utilização. 3. Hipótese em que o fiador-varão, à época da assinatura do contrato de locação, integrava o quadro societário da empresa afiançada, não tendo, após sua retirada, buscado exonerar-se na forma prevista no art. 1.500 do Código Civil de 1916. 4. “Embargos declaratórios rejeitados” (EDcl no REsp 951649, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgamento 08/05/2008, DJ 23.06.2008, p. 1) (BRASIL, 2014).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688, cuja decisão foi a seguinte:

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 n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91. (RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-2-06, DJ de 6-10-06).

Por outro lado, em outra oportunidade, como bem mostra o acórdão a seguir, os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Celso de Mello chegaram a votar pela inconstitucionalidade do dispositivo, o que demonstra a controvérsia existente, embora tenham sido vencidos pela maioria:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. DIREITO À MORADIA. ART. 6º DA MAGNA CARTA (REDAÇÃO DA EC 26/2000). PRECEDENTE PLENÁRIO. O Plenário deste excelso Tribunal, no julgamento do RE 407.688, Relator o Ministro Cezar Peluso, decidiu que "... a penhora do bem de família do recorrente não viola o disposto no art. 6º da CF, com a redação dada pela EC 26/2000 (...) mas com ele se coaduna, já que é modalidade de viabilização do direito à moradia (...) porquanto, atendendo à própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária..." (Informativo nº 415 do STF). Fiquei vencido, na companhia dos eminentes Ministros Eros Grau e Celso de Mello. Nesse mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões singulares: RE 467.638, Relator o Ministro Gilmar Mendes; RE 477.366, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RE 397.725, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; RE 475.855, Relatora a Ministra Ellen Gracie; e RE 432.253, Relator o Ministro Cezar Peluso. "Agravo regimental a que se nega provimento, com a ressalva do entendimento divergente do Relator" (RE-AgR 464586, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgamento em 06/06/2006, DJ de 24-11-2006) (BRASIL, 2014).

Entretanto, prevalece ainda o posicionamento favorável à penhora. No mesmo sentido, o STF também decidiu que:

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, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, grifa-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENHORA. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. LEGITIMIDADE. 1. A aferição do cabimento do REsp tem natureza processual, não alcançando nível constitucional capaz de ensejar a abertura da via extraordinária. 2. O Tribunal

a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 3. “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 407.688, decidiu pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sem violação do artigo 6º da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI-AgR 666879, Rel. Min. EROS GRAU, julgamento em 09/10/2007, DJ 23-11-2007).

Penhora: bem de família do fiador de contrato de locação: inexistência de violação ao artigo 6º da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/2000. Precedente (RE 407.688, Plenário, 08.02.2006, Cezar Peluso, DJ 06.10.2006) (AI 576.544-AgR-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-07, DJ de 14-9-07) (BRASIL, 2014).

Como bem observado nos julgados anteriores culminando na posição atual do STF, por óbvio que essas decisões tivessem como alicerce de seus fundamentos, muitas posições e calorosas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, tal discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, para que este órgão decidisse se o artigo 3º., inciso VII, da Lei 8.009/90, ofenderia o artigo 6º. da Constituição da República de 1988. Na verdade, a norma do artigo 6º., da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), foi ampliada pela Emenda Constitucional 26/2000, que contemplou o direito social à moradia. Assim, a problemática cingiu-se sobre a persistência da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, em face do direito social à moradia positivado na atual Constituição brasileira a partir da citada emenda.

No julgamento do Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, a constitucionalidade da exceção prevista no artigo 3º., inciso VII, foi mantida, por maioria dos votos, os quais trazem diferentes argumentos que retornam à penhorabilidade do único bem do fiador (RE 407.688-8/SP, 2006). As principais proposições podem se resumir ao resguardo do direito à moradia do locatário e do equilíbrio de mercado e, na prevalência da autonomia privada do fiador que se vincula aos encargos impostos pela fiança, desse modo não haveria incongruência entre o direito à moradia e a exceção prevista no artigo 3º., inciso VII da Lei 8.009/90.

Na oportunidade, o Relator Ministro Cezar Peluso argumentou com veemência que a penhora do bem de família do fiador não fere o disposto no artigo 6º da CRFB/88, não atinge o direito à moradia, pois se trata de um direito a prestações que não prescindem da atividade estatal. Ainda no mesmo Recurso acima descrito. Em seguida, sustentou de maneira conclusiva que, caso a técnica legislativa a favor da expropriação do único bem do fiador, que não está obrigado a prestar fiança, fosse eliminada do ordenamento, sucederia um desequilíbrio no mercado e, na sequência,

surgiriam novas exigências ainda mais onerosas para as locações residenciais, dificultando sobretudo o acesso à moradia.

Por conseguinte, o Ministro Joaquim Barbosa identificou o embate entre o direito fundamental à moradia, que reclama uma prestação positiva do Estado, e o direito fundamental à liberdade, caracterizado pela expressão da autonomia da vontade. Sabe-se que ambos os direitos (moradia e liberdade) mereceram igual tutela na Constituição Brasileira de 1988, o que desloca o problema para a iniciativa em estabelecer os limites e proporções da sua aplicação. Assim, o Ministro Joaquim Barbosa assentou que, em determinadas circunstâncias, os direitos fundamentais se aplicam igualmente nas relações privadas. Em sua opinião, deve-se aferir caso a caso para que "não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo". Diante do conflito de direitos em análise, e em consonância com o voto do Ministro, a decisão de prestar fiança configura exercício da liberdade garantida ao cidadão, quem pode optar por arriscar o seu direito fundamental à moradia (RE 407.688-8/SP, 2006).

Por outro lado, é importante frisar que, na circunstância do julgamento, a discussão foi consideravelmente enriquecida pelos votos contrários à penhorabilidade do bem de família do fiador. Vários argumentos foram apresentados, mas em síntese pode-se enumerá-los em: (a) Clara afronta ao princípio da isonomia, no tocante ao tratamento diferenciado para o bem de família do locatário e do fiador; (b) Vinculação do legislador aos seus preceitos e eficácia normativa dos dispositivos presentes na Constituição, sob pena de se ter fragilizada a posição hierárquica máxima constitucional; (c) Superveniência de políticas públicas voltadas à adequação do mercado imobiliário, em caso de impacto causado pela possível mudança no tratamento jurídico do bem único do fiador, sem prejuízo para os direitos sociais preconizados na Constituição; (d) Qualificação do direito à moradia como indisponível, não podendo decair por vontade do fiador; (e) Comprometimento do Brasil com a essencialidade do direito à moradia, ao subscrever-se às declarações internacionais, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigo 25), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 11) e (f) Exigência ético-jurídico da solidariedade social para que a interpretação seja construída em prol da dignidade da pessoa humana. Os votos dissidentes foram apresentados pelos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Brito e Celso de Melo.

5.1 Dos Projetos De Lei Nº 6.413/2009 e 6.096/2013

Tramitam atualmente na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei 6.413/2009 e 6.096/2013 (rito conclusivo ou não) o primeiro visando exclusivamente a proibir a penhora do bem da família do fiador para pagamento de débitos locatícios, o outro a fim de vedar a penhora do bem de família se o fiador não for previamente notificado do inadimplemento dos alugueres no prazo de sessenta dias da mora (ANEXO B e C).

Esta não foi à primeira tentativa de se alterar a lei sobre a impenhorabilidade do bem de família, outros projetos foram surgindo ao longo dos anos, principalmente após a Emenda Constitucional, como os Projetos de Lei nº 3452/04 e nº 4728/98, sem, contudo, terem sido aprovados em definitivo.

O legislador deve observar ao propor uma nova lei, o contexto social e as consequências que poderão advir de tal ato. É óbvio que, caso o projeto de lei seja aprovado, haverá repercussões negativas no mercado de locações, afetando principalmente os locatários, pois retirando do locador a tranquilidade quanto à certeza dos efeitos da fiança, fará com que ocorra uma retração na oferta de imóveis para locação e havendo um desequilíbrio entre oferta e demanda como consequência natural, os valores dos alugueres irão aumentar, assim como a exigência de oferecimento de outras garantias mais onerosas ao locatário, especialmente o seguro-fiança, que é a forma de garantia mais benéfica ao locador, mas que obriga o locatário a pagar o prêmio do seguro, aumentando os encargos locatícios.

Nota-se que além de ocorrer majoração dos aluguéis, o locatário que possuir uma pessoa próxima que, de forma gratuita, aceite a condição de fiador, não poderá se valer dessa situação e terá que se submeter à outra garantia mais onerosa que, por vezes, até será capaz de inviabilizar o negócio jurídico. Retirando, assim, a possibilidade da exploração de seu comércio/negócio ou, inclusive, prejudicando o acesso ao direito à moradia, terminando por inviabilizar a concretização do preceito contido no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, o que se observou é que o nível de discussões provocadas por essa matéria, o que pode em parte ser aclarado pela contraposição de alguns direitos muito importantes, entre eles, o direito à moradia, considerado como direito fundamental a partir da EC 26, de 2000.

Só pouco tempo antes, os Tribunais Superiores consolidaram posição no sentido da possibilidade de penhora do bem de família. Contudo, as consequências dessa deliberação serão sentidos a partir de agora, com todos os efeitos que isso com certeza irá suscitar sobre a sociedade.

No que se alude às conjecturas de pedidos de inconstitucionalidade, diante do princípio constitucional da isonomia, moradia e dignidade da pessoa humana, não são muito aceitos. Deve-se levar em conta o fato de vivermos num país muito desprovido de moradias, o que faz da locação imobiliária um instrumento extraordinário, como sendo a única opção para que milhões de brasileiros tenham onde morar. Em regra, de acordo com o que já foi visto, aplicadores do direito fazem uma mera exegese da Lei 8009/90, prolatando suas sentenças em favor do credor, penhorando o bem de família do fiador.

As decisões de nossas Cortes têm demonstrado a preocupação com o outro lado desse problema, onde aquele que disponibiliza seu imóvel para que seja locado, precisa ter uma segurança no que tange os frutos esperados, sob pena de optar por manter o imóvel desocupado a alugá-lo, aumentando os preços dos aluguéis no mercado imobiliário, provocando a mesma espécie de problema, ou seja, a falta de moradia, malogrando o que vem a ser, quiçá, o maior anseio de milhões de brasileiros. Não é preciso se falar, ainda, que tal suposição de impenhorabilidade, abalará o mercado de locações, inviabilizando o direito constitucional à moradia para locatários que teriam insuficientes oportunidades de negócio em virtude de eventual queda nas garantias dos locadores acarretando insulto ao princípio isonômico,

Entende-se, então, que ao se analisar tal tema, busca-se um equilíbrio justo, pois o Direito é maior do que o montante das normas jurídicas, tanto em acepção quanto em extensão (FREITAS, 1998).

Nota-se que uma corrente minoritária segue a tese da exoneração da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, mas, embora minoritária, o entendimento da corrente que se defende aqui neste trabalho é válida e

coerente. Embora a corrente minoritária seja vencida, mantém seu posicionamento de ser impenhorável o bem de família do fiador, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia (CF artigo 5º).

Portanto, há de se buscar outros mecanismos para garantir o cumprimento dos contratos, citando como exemplo, em nosso entendimento, a exigência de que o fiador possua mais de um imóvel ou, mais modernamente, o seguro fiança, que parece ser uma modalidade segura e viável de garantia.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de. **A efetividade da defesa do direito à moradia em juízo**: estudo de casos no Brasil. 2009. 274 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/joao_mauricio2009.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2014.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. **A Penhora e o bem de família do fiador de locação**. José Rogério Cruz e Tucci (coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENDET, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

AUBRY, Charles.; RAU, Charles-Frédéric. et al. **Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae**. 5. ed. Paris: Marshall et Billard, 1916.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT/Fasc. Civ., v. 75. 1998.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Bem de Família**: com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar Nº 13.756 - RJ (2008/0009170-1). Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 22 de janeiro de 2008. Disponível em:<<http://stj.vlex.com.br/vid/-42130755>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 951.649. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 23 de junho de 2008. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781213/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-951649-sp-2007-0107224-0>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.603. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 06 de abril de 2001. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8026352/recurso-especial-resp-302603-sp-2001-0010977-2-stj>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 583.484. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, 02 de março de 2004. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381234/recurso-especial-resp-583484-go-2003-0158226-8/certidao-de-julgamento-13045859>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 631.262. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 02 de agosto de 2005. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194751/recurso-especial-resp-631262-mg-2004-0023956-0/relatorio-e-voto-12939005>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 856.753. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 de setembro de 2007. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19221110/recurso-especial-resp-856753-pr-2006-0118531-0/relatorio-e-voto-19221112>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 876.511. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19239323/recurso-especial-resp-876511-se-2006-0177219-9/certidao-de-julgamento-19239326>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 945.055. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 20 de agosto de 2009. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=889004&sReg=200700929861&sData=20090820&formato=PDF>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso de Agravo 464586. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 06 de junho de 2006. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760422/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-464586-sp>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº407.688. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 08 de fevereiro de 2006. Disponível

em:<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/543_RE_407688.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça** (3ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 2006.001.61756. Relator: Desembargador Nametala Jorge. Rio de Janeiro, 19 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a02v7n2>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** (2ª Turma). Apelação Cível Nº 490369 AL 0002830-04.2009.4-05.8000. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Brasília, 20 de maio de 2010. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14316331/apelacao-civel-ac-490369-al-0002830-0420094058000>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça** (14ª Câmara Cível) Apelação Cível Nº (00040232120098190017). Desembargador: José Carlos Paes. Rio de Janeiro, 9 de janeiro de 2014. Disponível em:< <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118209411/apelacao-apl-40232120098190017-rj-0004023-2120098190017>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 564031/SP – São Paulo. Relator: Ministra Carmen Lucia. Julgado em: 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116763880/apelacao-apl16529009120118190004-rj-1652900-9120118190004/inteiro-teor-143666279>> Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de Março de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014o.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de Outubro de 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014p.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de Dezembro de 1993. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014q.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de Novembro de 2005. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014r.

BRASIL. Lei nº 12.435, de 06 de Julho de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014s.

BRASIL. Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 06 fev. 2014t.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves. (Coord.). **Locações: aspectos relevantes – aplicação do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DE CARLI, Ana Alice. **Bem de família do fiador e Direito humano fundamental à moradia**: 2009.185 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social) - Universidade Estácio de Sá, Niterói, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2476208/ana%20alice%20de%20carli.pdf>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FUX, Luiz. **Impenhorabilidade de bem de família**. Disponível em: <www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87246>. Acesso em: 17 ago. 2014.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 548. IN: DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HOLDER, Cindy; REIDY, David. **Direitos humanos: as perguntas difíceis**. Cambridge University Press, 2013, 472 p. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/45833-human-rights-the-hard-questions/>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia**: políticas públicas e sentença por etapas. Curitiba: Juruá, 2014.

LUNA, Sergio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa**: uma introdução. São Paulo: EDUC, 1997.

MEDEIROS, João Bosco de. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos e resenhas**. São Paulo: Atlas, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros.; MALUF, Carlos Alberto Dabus; R. B. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. 37. ed. [v.5] São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial versus reserva do possível**. Publicado em 14 de abril de 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POZZOLI, Lafayette. Direito Como Função Promocional da Pessoa Humana: Uma Nova Ética na Hermenêutica. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.). **Princípios Humanistas Constitucionais: reflexões sobre o humanismo do século XXI**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. Apud: LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia**: políticas públicas e sentença por etapas. Curitiba: Juruá, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva 2001.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **A revolução alemã: mitos e versões**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e justiça**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Cadernos de direito tributário e finanças públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, out/dez 1990.

SALE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007b.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SICA, Heitor Vitor Mendonça; FORNACIARI JR. Clito; CRUZ E TUCCI, José Rogério; ALBERTON, Genacéia da Silva. Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia. In: José Rogério Cruz e Tucci. (Org.). **A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

SPADOTTO, Érika Regina. **Direito social à moradia e usucapião individual e coletivo**. 2003. 363 p. [s.f.] Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2003.

SOUZA, Sylvio Capanema. **A Lei do Inquilinato Comentada**. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

TOLEDO, Iara Rodrigues de; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; FRÓES, Carla Baggio Laperuta (Orgs.). **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das Famílias**. – 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

VAZ, Faustino. **A teoria da justiça de John Rawls**. Publicado em: 23 de abril de 2006. Disponível em: <http://criticanarede.com/pol_justica.html>. Acesso em: 06 fev. 2014.

ANEXO A

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III)
da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIV

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

ANEXO B**PROJETO DE LEI Nº DE 2009.****(DO Sr. VICENTINHO ALVES)**

“Revoga-se o art. 82 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991(Lei do Inquilinato) e inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do bem de família)”.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Revogam-se o art. 82 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991(Lei do Inquilinato), e, por consequência, o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990(Lei de impenhorabilidade do bem de família).

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A presente propositura visa revogar o art. 82 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato) e o inciso VII do art. 3º da Lei 8009, de 29 de março de 1990 (Lei de impenhorabilidade do bem de família).

Em nosso entendimento o legislador pecou ao lançar no ordenamento da Lei do Inquilinato (nº 8245/91), que veio a considerar, em seu art. 82, entre as exceções à impenhorabilidade legal, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Este dispositivo legal, publicado em 18 de outubro de 1991, acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei 8.009/90, ao dispor:

"Art. 82. O art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

Art.3º

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."

Desta forma, o fiador, sendo demandado pelo locador, por dívidas assumidas pelo locatário, poderá ter seu único bem de família penhorado para satisfazer o débito.

É um dispositivo que, por preocupar-se exclusivamente com o desenvolvimento da indústria imobiliária, pode vir a cometer graves injustiças sociais, pois, mesmo que não seja admitido, em regra, o erro de direito sabe-se que a maioria dos brasileiros, ao cancelar contratos de fiança locatícia, não sabe que está colocando em risco a garantia legal da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família.

Não é razoável penhorar o único imóvel de uma família desinformada, em decorrência de uma dívida contraída por terceiro. Seria inconstitucional um dispositivo legal que viole o direito à moradia, recentemente inserido no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Magna Carta.

Poderíamos ainda, nesta linha de combate ao dispositivo em análise, questionar-nos acerca da relevância social em que se reveste o crédito do locador, e indagarmos se este bem jurídico é socialmente relevante a ponto de legitimar a violação ao princípio da dignidade humana, à vivência digna de uma família. E em sendo relevante, porque tal caráter não se atribui também aos créditos resultantes de outros tipos de fiança.

Houve, neste caso da fiança locatícia, uma necessidade assumida pelo legislador em cessar a retração ocorrida no mercado imobiliário com a lei 8009/90. Entendemos que, sendo esta a razão principal do dispositivo (art. 82, lei 8245/91), não há motivos para promover uma extensão da exceção a todos créditos resultantes de fiança.

Diante do exposto, e na certeza de que podemos aperfeiçoar ainda mais a legislação em vigor, conto com o apoio dos Nobres Pares na aprovação do Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em _____ novembro de 2009.

ANEXO C**DEPUTADO VICENTINHO ALVES****PROJETO DE LEI Nº , DE 2013
(Do Sr. Vanderlei Siraque)**

Altera a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que “dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família”, a fim de vedar a penhora do bem de família se o fiador não for previamente notificado do inadimplemento dos alugueres no prazo de sessenta dias da mora.

O Congresso Nacional decreta:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta lei altera a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que “dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família”, a fim de vedar a penhora do bem de família se o fiador não for previamente notificado do inadimplemento dos alugueres no prazo de sessenta dias da mora.

Art. 2º O artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.3º.....
.....

“VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, desde que o fiador seja notificado a respeito do inadimplemento dos alugueres no prazo máximo de sessenta dias, a contar da data de constituição em mora do devedor principal.” (NR)

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é excepcionada atualmente, entre outras causas, pelas dívidas oriundas de fiança concedida em contrato de locação.

Ocorre, porém, não raro, que os proprietários e as imobiliárias responsáveis pela administração do bem locado informam os fiadores sobre o inadimplemento do devedor contratual quando a dívida já se encontra em patamar muito elevado, não havendo outros meios para a quitação do débito senão pela alienação judicial do imóvel objeto do contrato de locação.

Proponho, assim, que, no prazo máximo de sessenta dias, a contar da data de constituição em mora do devedor principal, os fiadores sejam comunicados sobre seu atraso enquanto a dívida ainda se encontra em valor menor, passível de adimplemento sem a necessidade de desfazimento do imóvel residencial familiar.

Ante o quadro, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de2013.

Deputado VANDERLEI SIRAQUE