

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS -- O DIREITO À MORADIA E BEM DE FAMÍLIA

ROBERTO ROSAS

1. Discute-se, no presente, se o imóvel residencial do fiador pode ser bem de família impenhorável para pagamento da dívida do afiançado (art. 3º da Lei 8.009 e art. 6º da Emenda Constitucional n.º 26).

Este é tema de alta indagação, requerer debate, na repercussão para o mercado locatício, onde a exigência de fiador é drama para o locador e, para o locatário. Certamente a exclusão do único bem do fiador na garantia fidejussória levará o mercado a mais um preocupação — como alguém garantirá o aluguel, tão aviltado diante de outros custos, como imposto de renda, decadência física do imóvel, inadimplentes, mora, a acarretar a fuga de investidores para esse importante segmento da economia brasileira?

2. Debate-se, então o alcance do direito social de segunda geração — o direito à moradia.

Como esse direito é explicitado somente na Emenda Constitucional n.º 26, recolham-se seus antecedentes externos, nas Constituições de Portugal e Espanha, como vemos:

Art. 65º — (Portugal) “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”

.....  
Adiante, para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado — progresso, construções,

.....  
Art. 47 (Espanha) “Todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma vivenda digna e adequada.”

.....

Adiante os poderes públicos promoverão as condições necessárias para fazer efetivo esse direito.

Mas veremos, como a doutrina portuguesa reduz esse direito a uma exigência aos poderes públicos, como está em dois eminentes comentadores:

“O direito à habitação consiste no direito a obtê-la, traduzindo-se na exigência das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objetivo. Neste sentido, o direito à habitação apresenta-se como verdadeiro e próprio “direito social”. Enquanto tal, o direito à habitação implica determinadas obrigações positivas do Estado” (Canotilho e Vital Moreira — Constituição anotada, 2ª ed. 1º/346).

Canotilho observa entre os direitos sociais aqueles direitos a prestações, ao contrário daqueles direitos auto-executáveis (liberdade de expressão, direito de propriedade). Esses direitos a prestações são dependentes da atividade mediadora, dos poderes públicos (Direito Constitucional, 5ª ed., 474), e acentua esse ilustre professor:

“Os poderes públicos têm uma significativa “quota” de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de várias espécies, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações” (pág. 474).

Toda a tônica dos direitos sociais está num direito fundamental, cuja ausência o Estado transforma-se em infrator. Sobre isso, observa Canotilho que os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas (Curso, pg. 511).

Da mesma forma, Canotilho e Vital Moreira, para não discutir essas normas programáticas, dão aos direitos sociais como titular direto os cidadãos, pelo “que as atividades ou prestações reclamadas do Estado surgem como verdadeiras obrigações deste” (Fundamentos da Constituição, pg. 128).

Como o Judiciário pode ativar esses direitos sociais? responde Canotilho — os tribunais não são órgãos de conformação social ativa, e cita eloqüente acórdão do Tribunal Constitucional Português, assim sintetizado: — “as normas consagradoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro de controle judicial, mas que eles ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade” (Curso, 513).

Referiu-se então, a esse expressivo acórdão, que trata do *direito à habitação*, um direito a morada condigna. Nessa decisão, arrendatário impugnava a denúncia do contrato, à luz do art. 65 da Constituição Portuguesa (direito à habitação). Entendeu aquele tribunal esse direito com a “reserva do possível” — um direito com fim político de realização gradual cometida ao Estado, e

faz o paralelo entre o sacrifício do locatário em confronto com o sacrifício do proprietário; excluindo-se um ao outro, vale a regra legal de benefício do proprietário.

Ainda na interpretação constitucional portuguesa, a doutrinadora brasileira Cristina Queiroz traz outros julgados lusitanos sobre esse tema:

“109. Cf., *inter alia*, Ac. TC 44/1984, 131/1992, DR, II Série, de 24.7.1992, e 151/1992, DR II Série, de 28.7.1992, referentes ao “mandato de despejo” e ao “direito de denúncia” nos contratos de arrendamento para habitação, regulador no Código Civil. Aí se configurou o direito à habitação como um “direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma mera “pretensão jurídica”. O direito à habitação não confere ao cidadão um “direito imediato” a uma “prestação efetiva”, mostrando-se, em consequência, insuscetível de aplicação direta, não lhe assistindo o regime jurídico contido no n.º 1 do art. 18 da Constituição. Ou seja, não se configura como um direito diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo. Em suma, ainda que um “direito fundamental”, pela sua natureza, o direito à habitação não é suscetível de conferir, por si mesmo, ao arrendatário um direito, jurisdicionalmente exercitável, de impedir que o senhorio denuncie o contrato de arrendamento quando necessitar do prédio para sua habitação” (Cristina Queiroz — Direitos Fundamentais Sócios, em *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, pg. 205).

Na doutrina portuguesa, o mais acatado e citado, doutrinador dos direitos fundamentais (José Carlos Vieira de Andrade), defensor da eficácia imediata desses direitos, no concernente ao direito à moradia, é restritivo:

“Esse tipo de direito cumpre-se pela organização de um sistema estadual, que, especialmente através de lei e de acertos da Administração ...” (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., pg. 59).

Mais adiante:

“ou mesmo dos direitos a prestações (como os direitos à habitação ou à segurança social), porque não está em causa nessas hipóteses a actuação dos indivíduos, mas fundamentalmente a actuação dos poderes públicos” (pg. 162).

Esses autos, mesmo em relação ao Estado, reduz essa exigência à existência de recursos suficientes (pg. 190).

É importante lembrar a tentativa da inserção da moradia como direito social. Sobre isso expõe Luís Roberto Barroso:

“Analise-se, de outra parte, o “direito” que fora delineado no art. 368 do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos, 1986), cuja dicção era seguinte:

“Art. 368. É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar”.

Assumindo, hipoteticamente, que tal dispositivo se houvesse incorporado à Constituição, ninguém ousaria discordar de que este “direito” à moradia não investe seu titular numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores. Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal texto, todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previstos na norma teria ação contra o Poder Público para recebê-la.

Seria insensato supor que este tenha sido o objetivo da norma. Logo, tem-se de admitir que ela não visou investir alguém no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação positiva do Estado. Se assim é, porque não poderia ser diferente, verifica-se que o vocábulo direito recebeu conteúdo variado e enseja efeitos diversos em cada uma das normas apreciadas.

Este exemplo é extremo. Outros, no entanto, sujeitam o intérprete a uma incerteza grave e indesejável” (Luís Roberto Barroso — O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas — 2ª ed., pg. 105).

### 3. Como esse direito explicita-se no direito brasileiro (EC-26)?

A eficácia das normas constitucionais, por si, já daria excelente diálogo na dicotomia eficácia limitada e eficácia contida, como bem colocado no voto do Em. Ministro Carlos Velloso, no Mandado de Injunção n.º 20 (direito de greve do servidor) (RTJ 166/767), numa linguagem brilhante, com a devida vênia, aplicável ao caso concreto, norma de eficácia limitada, não auto-aplicável, e portanto, não imediata, na linha de José Afonso da Silva:

“O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir um normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida” (Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968, pg. 253).

José Afonso da Silva observa quanto à eficácia do direito à moradia: “a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado” (Curso, 24ª ed., 2005 pg. 315).

Esses direitos existem na “forma desta Constituição” (art. 6º, *in fine*), consignada no art. 23, IX — promoção de programas de construção de moradias. E essa foi a justificação do projeto da PEC que se transformou na EC n.º

26, principalmente para atender aos sem-teto (Parecer da Câmara dos Deputados — em anexo).

4. Entre a proteção ao fiador, que livremente decidiu proteger a dívida locatícia de outrem e a proteção ao proprietário, locador, muitas vezes de um único imóvel, sua fonte de renda, é necessário o socorro à ponderação dos interesses, como solução, de um arauto dos direitos humanos — Norberto Bobbio: — “na maioria das situações em que está em causa um direito do homem ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentam, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante” (*A Era dos Direitos*, 1992, pg. 42).

Aqui resolve-se por um princípio maior — o direito de propriedade, no antagonismo entre o direito de propriedade do locador, e naturalmente os frutos desse direito (os aluguéis), e o direito de propriedade do fiador — que *dispôs livremente* da sua garantia, que não é só verbal, e sim patrimonial.

Esse insigne mestre, no trato da norma constitucional (superior) com a norma ordinária (inferior), decide, na elementar primazia da primeira, porém, aplicado o critério da especialidade — prevalece a inferior. Estão em jogo dois valores fundamentais do ordenamento jurídico. Conclui o mestre — “a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 9ª ed., pg. 109).

5. Uma das maiores autoridades no direito de habitação, direito à moradia, enfim tudo em decorrência do direito urbanístico, Ricardo César Pereira Lira, Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ, já colocou em Conferências Nacionais da OAB sobre o tema em linhas de conduta do poder público no fito da moradia. Então preconizou esse ilustre jurista a necessidade de diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano, e não medidas de prejuízo à propriedade devidamente utilizada (Ocupação da terra e direito à moradia — XVI Conferência Nacional da OAB, Fortaleza, 1996). Novamente voltou ao tema do direito à moradia, vendo esse direito da EC-26, e conclui:

“É curial que esse direito de habitação não pode ser entendido como exercitável contra o Estado, como obrigação positiva específica a ser por ele adimplida, pois será através de uma política consistente de desenvolvimento urbano, como parcela de realização do desenvolvimento econômico, social e cultural, que se chegará à meta optata, que constituem, na sua gama de princípios, os já citados fundamentos da República” (*Direito de habitação e direito de propriedade — XVII Conferência da OAB, Rio, 1999*).

Em conclusão, na linha desse mestre, os planos governamentais chegarão à plenitude do direito à moradia.

O Desembargador do TJSP, Luiz Camargo Pinto de Carvalho, ao tratar do direito à moradia e a construção do imóvel residencial do fiador, à luz do art. 6º, é expresso: — “Evidentemente, a simples inserção da moradia entre os chamados direitos sociais não os converteu em direitos individuais, cuja prestação deva ser prestada positivamente pelas pessoas físicas.

Não, pois se assim for, ninguém mais poderá ser despejado, mesmo que inadimplente com os locativos; nenhum esbulhador de imóvel residencial dele poderá ser retirado; nenhuma hipoteca poderá ser cobrada proveitosamente, se a excussão recair sobre o imóvel residencial do devedor, não obstante tenha sido ele o objeto da garantia real. Portanto, inaceitável sob todos os títulos o apressado e desfundamentado entendimento de que o direito à moradia inserto no art. 6º da Carta possa alcançar os locadores particulares, impedindo-os de executarem seus créditos locatícios, com a penhora do imóvel residencial do fiador” (Revista da EMERJ, v.6, n.º 24, 2003, pg. 213).

6. Cabe, ainda, reflexão sobre outro ponto — sobre o *princípio isonômico*: — “tratando desigualmente situações iguais”.

Essa ofensa ocorreria se sujeitos em igualdade de condições fossem tratados de maneira desigual. Locatário e fiador estão em situações distintas, como explica o especialista em locação, Francisco Carlos Rocha de Barros:

“O princípio constitucional que proclama a igualdade de todos perante a lei é respeitado, na medida em que todos os locatários, sem distinção, são iguais perante a lei, da mesma forma como o são todos os fiadores. Se locatário e fiador não se assemelham, não há razão para levantar questão de isonomia.” (Comentários à lei do inquilinato, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 694/695).

As leis locatícias sempre estabeleceram diferenciação entre fiador e locatário, para proteger o locador e desse modo estimular a oferta de imóveis para locação, como observa o Desembargador Sylvio Capanema de Souza, do TJRJ, grande especialista em locação: — “A nova exceção, acrescida ao art. 3º da Lei n.º 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.” (Sylvio Capanema de Souza, Da Locação do Imóvel Urbano, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pg. 646).

A regra de impenhorabilidade vem exatamente ao encontro do desígnio constitucional ali posto: a garantia fidejussória é reforçada, o locador é estimulado a alugar, a oferta de imóveis no mercado cresce e, conseqüentemente,

melhora a moradia e aumenta a efetividade do direito social acrescentado pela Emenda n.º 26/2000.

7. Várias outras observações podem aflorar, a partir da importante e problemática recepção de normas anteriores ao texto constitucional.

Como será a sobrevivência do art. 3º da Lei n.º 8.009, onde está inserido o inciso VII, agora debatido no despacho? Nesse inciso inserem-se outras importantes garantias — pensão alimentícia, tributos, etc.

Refleta-se sobre o art. 1715, do recente Código Civil:

“O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de *tributos* relativos ao prédio, ou de *despesas de condomínio*”.

O afastamento da garantia prejudica a proteção ao direito de crédito, garantia do princípio da livre iniciativa (CF - art. 170). O Estado garante a atividade econômica e seu desenvolvimento.

O patrimônio do devedor sujeita-se às dívidas, porque não há prisão por dívida. Se há o afastamento desse patrimônio, torna-se baldia a regra do art. 5º, LXVII da C.F.

8. Deseja-se, então a *razoabilidade da norma*. Aquele que acredita numa garantia para tornar efetivo um direito, que positivada aumentará a efetividade do direito social — à moradia, na linguagem do acórdão português mencionado — a *reserva do possível*. (v. Oscar Vilhena Vieira — Direitos Fundamentais, pg. 393).

9. Esse debate foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 407 688, relatado pelo Ministro Cezar Peluso.

Disse o Relator:

“Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República. (...) A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana independentemente de sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestação aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados “direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos”. Entendeu que à Constituição não repugna que o direito social à moradia possa ser implementado por uma norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, “mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Lembrou que o direito à moradia não está restrito apenas aos proprietários. Então, caso se acabasse com a penhora do bem de família do fiador, acabaria se restringindo as formas de garantia

nos contratos locatícios. Assim sendo, muitos dos que têm imóveis e vêm no fiador a única possibilidade de garantia para a locação ficariam sem chances de alugar. “Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à garantia”. Ministro Peluso.

O Ministro Eros Grau divergiu. Invocou o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia para sustentar sua tese. A isonomia seria ferida caso um locador, para manter uma poupança com o intuito de comprar uma casa própria, deixasse de pagar os aluguéis, recaindo o ônus sobre o fiador. “A impenhorabilidade do imóvel residencial é instrumento da proteção do indivíduo e sua família, quanto a necessidades materiais, de sorte e prover sua subsistência. A propriedade, quando exista, consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal, garantia pela generalidade das constituições do nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social. Apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação adequada nas disposições que implementam o chamado poder de polícia”.

Nos debates, o Ministro Joaquim Barbosa lembrou que a locação também é uma forma de concretização do direito de moradia.

10. Como observa Robert Alexy o princípio da proporcionalidade tem grande função como método interpretativo na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, como solução conciliatória, para dar primazia a um dos direitos (Teoria de los Derechos Fundamentales, 1993, pg. 89).

As colisões dos discursos reais terão de ser supervisionadas a partir de colisões de valores ideais (a vida, a segurança) que integram o justo de uma comunidade (JJ. Gomes Canotilho — Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra Editora, 2004, pg. 129).