

**MORADIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL
(A INCONSTITUCIONALIDADE DO art. 3º., VII,
DA LEI 8.009/90)**

*Roberto Wagner Marquesi**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Apreensão e amplitude do conceito de moradia; 3 O direito à moradia nas declarações globais; 4 Acerca dos direitos sociais; 5 Penhora do bem de família de fiador de locação; 6 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: Este artigo aborda o direito à moradia sob a ótica do Texto Constitucional, examinando sua natureza jurídica, fundamentos e principais repercussões jurídicas. Ao final e sob a mesma ótica, investiga a constitucionalidade da lei que permite a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Moradia; Fiança Locatícia.

**THE BASIC RIGHT TO HAVE A HOUSE
(THE UNCONSTITUTIONALITY OF art 3 OF LAW
8009 OF 1990)**

ABSTRACT: This article approaches the right to have a house from the perspective of the Brazilian Constitutional with a detailed analysis of its legal nature, juridical bases and main repercussions. Current research also investigates the constitutionality of the law that allows pawning of the family premises of the

* Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Docente de cursos de graduação e pós-graduação em Direito Civil na Universidade Estadual de Londrina – UEL; Docente na Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br

guarantor in a rent contract.

KEYWORDS: Social Rights; Housing; Guarantor.

VIVIENDA – UM DERECHO FUNDAMENTAL (LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL art. 3º, VII, DE LA LEY 8.009/90)

RESUMEN: Este artículo trata del derecho a la vivienda desde la perspectiva del Texto Constitucional, examinando su naturaleza jurídica, fundamentos y principales repercusiones jurídicas. Al fin y desde la misma perspectiva, investiga la constitucionalidad de la ley que permite la prenda de bienes familiares del fiador de contratos de alquiler.

PALABRAS-CLAVE: Derechos sociales; Vivienda; Fianza de Alquilería

INTRODUÇÃO

A Emenda nº. 26, ao inserir no rol do art. 6º. do Texto o direito à moradia, veio suprir grave lacuna deixada pelo constituinte, que, ao prever os direitos ditos sociais, não o contemplara expressamente. O direito à moradia tem sido objeto de importantes declarações em todo o Globo. Na segunda metade do Séc. XX e particularmente após a segunda grande guerra, vários eventos supranacionais o discutiram, como as Conferências do Habitat I e II, levadas a efeito em Vancouver (1976) e Istambul (1996), respectivamente.

No Brasil, a inserção da moradia no âmbito dos direitos fundamentais não tem o condão, *tout court*, de redimir o omissor legislador constituinte; mais do que isso, sua elevação ao horizonte constitucional vem determinar uma nova postura dos poderes estatais, especialmente do Executivo e do Judiciário, aquele obrigado a traçar uma política de densidade no trato da habitação popular; este, vinculado à interpretação legal que favoreça o direito de habitar, quando em confronto com outros direitos subjetivos.

Tal postura justifica-se pelo fato de a moradia, como direito social de primeira grandeza, incluir-se no rol dos direitos fundamentais do homem, aceita a premissa

de que os direitos sociais são também direitos fundamentais, malgrado a separação presente nos arts. 5º. e 6º. do Texto de 1988. Nesse sentido, é inquestionável que a dignidade da pessoa humana exige o acesso a uma morada, não sendo concebível que alguém possa realizar seus valores sem um teto sob o qual se recolher. A falta de habitação representa, no fundo, a perda da própria condição de pessoa¹.

Não há duvidar da moradia como fator que concorre decisivamente para o estado de dignidade da pessoa. É fato o impulso natural do ser humano de fixar-se num espaço físico onde recolher a si e a família. Por isso diziam os saxões *my house my castle* e por isso prevê a Constituição, também como direito fundamental, a inviolabilidade do domicílio. Há cerca de cinquenta anos, mais da metade dos brasileiros vivia no ambiente rural. Hoje esse índice se inverte e tem-se mais de oitenta por cento da população concentrada nas cidades, especialmente nos grandes centros do Sudeste.

A mecanização da lavoura e o processo de industrialização impulsionados a partir dos anos cinquenta são apontados como a causa dessas correntes migratórias. Como as cidades não lograram suprir a demanda por moradia, surgiram enormes bolsões de miséria nas periferias, como as favelas, os acampamentos improvisados e os cortiços, a concentrarem multidões que habitam em condições subumanas. Além disso, a grande valorização do espaço urbano trouxe consigo o encarecimento da posse imobiliária, especialmente aquela decorrente dos contratos de locação.

Dada a informação de existirem no Brasil mais de vinte milhões de pessoas em condições subumanas de habitação, ou mesmo sem habitação alguma, compreende-se a importância e pertinência do tema sob análise.

2 APREENSÃO E AMPLITUDE DO CONCEITO DE MORADIA

Num exame menos acurado, o vocábulo “moradia” remete ao conceito de domínio imobiliário, no sentido de que ela tem por suporte um bem imóvel, vale dizer uma casa, apartamento ou meio físico equivalente, de propriedade do habitador, nos moldes do art. 1.228 do Código Civil. Por isso a noção de moradia tem sido conectada ao conceito de propriedade, como se somente o dono pudesse habitar. Trata-se, contudo, de uma falsa ideia, na medida em que a moradia não exige necessariamente propriedade, pois pode decorrer, e no mais das vezes decorre da posse. Aliás, é igualmente falsa a asserção de que o patrimônio se consubstancia sempre na propriedade, pois a noção de patrimônio vai além do

¹ SCHREIBER, Anderson. Direito à Moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem L. S. et al. (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002. p. 81.

domínio, abrangendo qualquer bem de conteúdo econômico².

Discorrendo acerca da amplitude do conceito, é entendimento doutrinário ser a moradia direito essencial do homem, não podendo, contudo, ser confundido com a propriedade. Embora vinculado ao exercício da propriedade, não é implementada necessariamente pelo dono do imóvel. É o que acontece com os contratos de locação e de comodato³, aos quais se pode acrescentar os contratos de que decorrem a superfície, o uso, a habitação, o usufruto *etc.* Mesmo a posse imbuída de má-fé, como a dos sem-terra e a dos sem-teto, pode, em certos casos, legitimar o direito de moradia.

Morar não significa ser proprietário, assim como ser dono de uma unidade residencial não significa que o titular nele estabelecerá sua residência. Segundo autorizada filologia, o vocábulo “moradia” era empregado em textos literários já nos primórdios o Séc. XI. O antepositivo “mor” expressa um sentido de permanência, continuidade, espaçamento temporal⁴. Não é por outra razão que o conceito de domicílio, previsto no art. 70 do Código Civil, tem como requisito o elemento anímico, vale dizer a vontade de residir indefinidamente num dado imóvel.

Segue daí que a moradia revela uma ideia de fixação em determinado ambiente artificial (casa, apartamento *etc.*), com o ânimo de aí permanecer, pouco importando o título da permanência (domínio ou posse, mesmo posse de má-fé), solitariamente ou em consórcio com um núcleo de pessoas, no mais das vezes uma família.

Em relação ao conteúdo da moradia, ou seja, suas características, afirma-se que ela deve propiciar condições mínimas de habitabilidade, não sendo suficiente para caracterizá-la o simples fato de a pessoa, na expressão de CERVANTES, viver “debaixo de telha”, como no caso do pobre Sancho Pança. A Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aponta vários elementos que concorrem para a caracterização de uma vivenda digna, a saber: *a)* proteção à posse da coisa; *b)* disponibilidade de infra-estrutura básica (água, energia elétrica, saneamento *etc.*; *c)* custo que não comprometa o sustento da família; *d)* segurança física; *e)* acesso razoável; *f)* localização que permita acesso ao local de trabalho e serviços de saúde e educação e *g)* forma da construção que respeite a identidade cultural da população⁵.

2 FACHIN, Luiz E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006. p. 3.

3 GOMES, Rosângela M. A. O Direito à Moradia como Valor Integrante do Direito à Vida Digna. In: KLEVENHUSEN, Renata B. (coord.) **Direitos Fundamentais e Novos Direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006. p. 138.

4 VERBETES mor, morada; moradia. In: DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2001.

5 SARLET, Ingo W. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio O. (coord.). **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008. p. 1.031.

Daí afirmar-se que, para morar ou estabelecer a moradia, não é necessário ser proprietário do respectivo imóvel.

Nesse passo, vários institutos jurídicos, que não a propriedade, prestam-se a conferir moradia digna ao homem. A par dos direitos reais limitados previstos nos arts. 1.369 e ss. do Código Civil, acima mencionados, os contratos de locação e comodato assomam como modalidades jurídicas aptas a instrumentalizar o direito de morar dignamente.

Para além da Constituição e do Código Civil, vê-se preocupação legislativa com a moradia na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), regulamentadora do art. 182 do Texto, que alberga o princípio da função social da propriedade urbana⁶. Assim é que seu art. 2º, I, enuncia a regra de que a política urbana tem como diretriz o direito à moradia. No art. 4º, “h”, registra-se a concessão do direito de uso para fins de moradia, enquanto o art. 9º. dispõe sobre a usucapibilidade de imóvel residencial. Já o art. 10º. acrescenta ao sistema jurídico a usucapião coletiva multifamiliar, permitindo a famílias de baixa renda a aquisição de imóvel com área superior a 250 metros quadrados, desde que nela tenham fixado residência imbuídas de *animus domini*.

Todas as observações acima registradas são importantes, pois há uma ideia preconcebida de que a função do Estado, em relação ao tema, é a de propiciar ao cidadão a propriedade do imóvel onde residir. Isso é parcialmente verdadeiro, mas o dever do Estado vai muito além. Estimular o acesso à moradia, intervindo no sistema legal e mesmo no mercado imobiliário e até nos contratos, com o intuito de baratear os alugueis, também é função do governo. Idem em relação à construção civil e à reorganização do espaço urbano, cediço que a construção de mais imóveis residenciais tem o efeito de facilitar o acesso à moradia. Em relação ao legislativo, a ampliação do conceito de moradia para além da propriedade postula a criação de normas que assegurem o direito de morar, preferindo-o aos direitos de crédito.

A recente alteração do art. 1.225 do Código Civil, que incluiu a concessão de uso especial, para fins de moradia, como direito real, é exemplo de intervenção do Estado no sistema jurídico, não tendo outro escopo senão o de promover o acesso a uma habitação digna.

Daí o alargamento do conceito de moradia, a abranger não apenas a titularidade imobiliária, mas também todas as formas de posse sobre bem imóvel aptas a conferir condições dignas de habitabilidade à pessoa. Disso decorre, também, a ampliação do espectro de situações a legitimarem a intervenção dos poderes públicos, para além da obrigação de construir unidades residenciais.

⁶ Não esquecer que o próprio Texto Constitucional prevê a usucapião para fins de moradia, a teor de seu art. 191.

3 O DIREITO À MORADIA NAS DECLARAÇÕES GLOBAIS

O diploma primaz relativo aos direitos sociais é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Nele já se encontra a previsão da moradia como um direito fundamental, como se lê do art. XXV, *litterim*:

Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como 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 serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Caudatário da Declaração é o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, cujo art. 11 dispõe que “os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida”.

Em sede constitucional, vários Textos referem-se expressamente à moradia como direito fundamental. Assim ocorre, por exemplo, nas Constituições Portuguesa (1976)⁷, Espanhola (1978)⁸, Russa (1993)⁹ e Argentina (1994)¹⁰, dentre outras.

Não se cuida, como visto, de um problema jungido apenas à realidade brasileira. Claro que a crise da moradia é tanto mais intensa quanto seja a pobreza da população. Mas, mesmo nos países de economia sólida e bons padrões sociais, como nas nações europeias, o tema merece tratamento legislativo. É interessante notar que o bem de família, que assegura a impenhorabilidade do imóvel residencial, surgiu no seio da mais rica nação do Planeta. Trata-se do instituto do *homestead*,

7 **Art. 65.** 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;

8 **Art. 47.** Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación;

9 **Article 40 (Housing)** State bodies and organs of local self-government encourage home construction and create conditions for the realization of the right to a home (redação original convertida para a língua inglesa);

10 **Art. 14-Bis.** El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna;

que os norte-americanos conceberam no Séc. XIX como mecanismo de estímulo à ocupação do meio-oeste. A figura do *homestead*, na visão do jurista Rufus Waples, é “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme o estatuído em lei”¹¹.

Do direito norte-americano, o bem de família espalhou-se para os sistemas ocidentais, achando-se presente nos dois códigos civis elaborados pelo Brasil.

4 ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

O fato de a moradia ter sido encartada no rol dos direitos sociais (art. 6º.), ao invés de ser tratada no ambiente dos direitos individuais (art. 5º.), não a desmerece nem a diminui em face desta última classe de direitos, pois ambos os dispositivos do Texto são compreendidos no título dos direitos fundamentais. Assim, não é dado afirmar que o parágrafo primeiro do art. 5º., que trata da aplicabilidade imediata dos direitos individuais, não se estenda aos direitos sociais, pois não há dúvida de que se estende. Na técnica da taxinomia, deveria tal parágrafo ser deslocado do art. 5º. e previsto depois do art. 6º., para abranger a ambos as classes de direitos fundamentais (individuais e sociais).

Diz tal parágrafo: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Como os direitos sociais são fundamentais, não é lícito questionar sua eficácia imediata¹².

E tal afirmação adquire acentuado relevo para os propósitos deste discurso.

É que, quando da Conferência Habitat II em Istambul (1996), a comissão brasileira presente ao evento, indagada, hesitou em aceitar a dicção “direito à moradia” como parte integrante dos anais, argumentando que isso permitiria à população ingressar com ações judiciais exigindo-o do Estado imediatamente. Na visão de nossos representantes, “durante os debates, concluímos que o direito à moradia é um direito de natureza programática, ou seja, será obtido progressivamente e não poderá ser cobrado na justiça”¹³.

Contudo, as coisas não são assim.

Os preceitos constitucionais, segundo classificação universalmente aceita, refletem ou normas de eficácia contida ou normas de eficácia imediata¹⁴. As primeiras são aquelas cuja eficácia demanda uma lei regulamentadora; as segundas, por serem auto-aplicáveis, são as que não exigem a edição de tal norma, motivo por

11 AZEVEDO, Álvaro V. Bem de Família Internacional (necessidade de unificação). *Revista Eletrônica do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina*, v. 1, n. 1, p. 1-13, jan./abr. 2008. p. 3.

12 WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo, SP: Malheiros, 1999. p. 49.

13 VIANA, Rui G. C. O Direito à Moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, abr./jun. 2000. p. 10;

14 SILVA, José A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998. p. 101.

que vinculam o poder público a concretizá-las sem qualquer condição. As primeiras, que são normas ditas “programáticas”, obrigam o Estado, mas a ação prestacional se desdobra aos poucos, dependendo de uma política de longo prazo, como ocorre na regulação do sistema financeiro nacional (art. 192, CF, hoje revogado), a depender de mecanismos que só podem ser implementados em prazo diferido no tempo. Exemplo das segundas está nos direitos fundamentais, inclusive os sociais e a moradia.

Tal interpretação decorre do §1º. do art. 5º. do Texto, acima transcrito.

Dada a natureza de direito fundamental, a moradia deve ser assegurada imediata e incondicionalmente. Não é de exigir ou esperar lei ordinária de integração nem convir na protelação de uma política habitacional. Trata-se, à evidência, de norma de aplicabilidade imediata, a vincular tanto administrador e legislador, atribuindo-lhe a obrigação de criar moradias, quanto o julgador, no dever de interpretação conforme a Constituição. É que o simples enunciado da norma constante no art. 6º. basta para que se conheça a intenção do legislador de obrigar os poderes públicos a conferir tratamento prioritário à moradia.

Com efeito, em relação ao disposto no art. 6º., colhe-se:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas¹⁵.

Outro ponto merece algum esclarecimento. Comumente se afirma que os direitos individuais, tidos como de primeira geração, são aqueles que impõem uma abstenção do Estado (dimensão negativa dos direitos), enquanto os direitos sociais, vistos como de segunda geração, impõem uma ação dos poderes públicos, tratando-se, portanto, de direitos prestacionais (dimensão positiva dos direitos). Mas é certo que os direitos sociais, dentre suas várias funções, buscam assegurar a todos uma vida digna e a igualdade de oportunidades, garantindo a independência social do indivíduo¹⁶.

15 BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009. p. 285.

16 FERREIRA FILHO, Manoel G. F. **Princípios Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Saraiva, 2009. p. 81.

Tal diferenciação, que leva em conta o papel do Estado na proteção dos direitos fundamentais, encontra-se superada, pois existem direitos sociais que, em relação ao Estado, exigem tanto omissões quanto ações. Aqui se enquadra o direito de moradia, que apresenta uma feição tanto negativa quanto positiva. Vista como um direito negativo, ela exige abstenções tanto do governo quanto dos particulares, que devem respeitar a habitação alheia. Exemplo é a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90) e a não expropriabilidade da propriedade familiar (art. 185, I, CF), entendida esta como o imóvel rural de pequenas dimensões onde o núcleo familiar trabalha e reside.

Visto em sua dimensão positiva, o direito social à moradia impõe obrigações ao Estado no sentido de facilitar-lhe o acesso. Mas, ao mesmo tempo, o fato de se tratar de um direito igualmente fundamental, ao lado da saúde, da previdência social e do trabalho, não permite evasivas do Estado na implementação da política de estímulo. O poder público tem argumentado que a Emenda 26 tem um caráter programático e que a implementação de uma política de habitação deve ser executada aos poucos, na medida dos recursos financeiros disponíveis, segundo o que se convencionou denominar “reserva do possível”.

Contudo, o fato de o direito à moradia ser tido como um direito fundamental permite atribuir-lhe três importantes caracteres: a) cuida-se de um direito de superior hierarquia, pois se encontra no ápice do ordenamento jurídico; b) encontra-se submetido a limitações formais de reforma constitucional, sendo cláusula pétrea a c) tem aplicabilidade imediata e vincula as entidades estatais e os particulares¹⁷.

A dimensão negativa dos direitos sociais repercute na função jurisdicional, quando se trata de interpretá-los. A elevação da moradia ao nível de um direito fundamental obriga a uma exegese axiológica, teleológica e conforme a Constituição, diferenciada da interpretação da lei ordinária, dentro da ideia de que a interpretação deverá guiar-se em função da dignidade da pessoa.

Ter em conta tais noções é necessário para a abordagem do tópico seguinte, que trata da penhora do bem residencial de fiador de contrato de locação.

5 PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE LOCAÇÃO

A Lei 8.009/90 dispõe acerca da impenhorabilidade do imóvel destinado à moradia do devedor. O escopo maior desse dispositivo, como é cediço na doutrina, é a preservação da dignidade do devedor, a quem é assegurado o direito de não ser privado do imóvel usado para abrigar a si e a família. Trata-se de uma aplicação prática do princípio do *favor debitoris*, a representar uma concessão legal a quem

17 SARLET, Ingo W. Direito Fundamental à Moradia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 46, p. 193-244, 2003.

não pode pagar uma dívida senão com o sacrifício da própria habitação. Mesmo assim, o art. 3º. dessa lei estabelece algumas exceções à garantia da impenhorabilidade.

Ocorre que a Lei 8.245/91, que regulamenta os contratos de locação residenciais e comerciais no Brasil, criou uma exceção ao benefício da impenhorabilidade, acrescentando ao art. 3º. Da Lei 8.009/90 um novo inciso, o VII, a incluir as obrigações decorrentes de fiança em contrato de locação. Tais fiadores podem, assim, ter seu imóvel residencial penhorado para pagar as dívidas deixadas pelo locatário inadimplente.

Uma interpretação literal do inciso VII, art. 3º., leva à seguinte conclusão: se o locatário não pagar os alugueis, abandonar o imóvel alugado e vier a adquirir uma casa, aonde venha a residir com sua família, não poderá ter este imóvel penhorado para o pagamento dos locativos em atraso. Contudo, o imóvel do fiador poderá ser levado à penhora. Vale dizer, portanto, que, entre ambos os imóveis, prefere-se o do fiador, preservando-se o locatário, que foi o autor da dívida.

Com o advento da Emenda Constitucional 26, que, como se viu, elevou a moradia ao *status* de direito fundamental, surgiu a tese da inconstitucionalidade do referido inciso VII. E, num primeiro momento, as cortes brasileiras decidiram, de fato, pela inconstitucionalidade, como se vê da seguinte passagem:

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 (STJ. 5ª. Turma. REsp. 631.262/MG. Rel. Min. Felix Fischer. j. 02.08.2005. RBDF 38/87).

Essa decisão, assim como outras em idêntico senso, veio na esteira de entendimento do STF, que, poucos meses antes e em sede de recurso extraordinário, assim concluía:

Tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo (inciso VII do art. 3º), acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família (Lei 8.009/90, art. 1º) encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII

do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000 (STF. RE 352940. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 25.04.2005).

Dentre os fundamentos adotados para a decisão acima, vê-se do corpo do acórdão, mencionam-se o da natureza fundamental do direito à moradia e o fato de as normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais terem aplicação plena, não se sujeitando à edição de lei reguladora. É interessante notar que a decisão reformada pelo STF, oriunda do 2º. TA-SP negara provimento ao recurso do fiador sob o argumento de que o art. 6º. do Texto Constitucional, no tocante à moradia, era norma programática.

Ocorre que a trilha da Corte Maior sofreu radical mudança de rumo, eis que, no cotejar o art. 6º., com a redação dada pela EC 26/2000, com a norma inserta no art. 3º., VII, da Lei 8.009/90, o colegiado passou a reconhecer, ainda que por decisão plurânime, a constitucionalidade deste último dispositivo. Assim, acabou por legitimar a penhora do imóvel residencial de propriedade do fiador de contrato de locação, quando de dívida deixada pelo locatário. O acórdão paradigmático encontra-se assim redigido:

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 (STF. Tribunal Pleno. RE 407.688/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 08.02.2006. RTJ 200/166).

Segundo se vê do voto do relator, a regra do art. 6º. constitui norma de eficácia contida, possuindo caráter programático e exigindo regulação por via ordinária. Além disso, a exceção constante no art. 3º., VII, da Lei 8.009/90, na visão do relator, foi concebida para facilitar o acesso à moradia, barateando os custos das locações, na medida em que o proprietário, certo da existência de imóvel penhorável ao fiador, se sentiria estimulado a locar. Para o relator, trata-se de “coisas óbvias e intuitivas”.

Em relação ao primeiro argumento, já se viu do item 3 acima que as normas definidoras dos direitos sociais, como no caso do direito de moradia, independem de norma de integração, bastando-se por si sós. Qualquer lei que vier a dispor sobre moradia não poderá contrariar a intenção do legislador constitucional, no sentido de que o Estado deve priorizar a moradia, quando em confronto com direitos de menor importância, como o crédito do locador, por exemplo. Não é necessário editar lei ordinária para se concluir nesse sentido.

A dignidade da pessoa humana é o astro ao redor do qual gravitam as situações jurídicas privadas. Serve também de baliza a guiar o intérprete na procura de soluções para os problemas concretos. No que toca à questão de antinomias entre normas ou dúvidas sobre seu alcance, a ponderação de valores é iluminada pela dignidade.

Daí que, sendo a moradia um direito fundamental e inerente à própria condição de homem, enquanto o direito de crédito não goza desses predicados, mais se relacionando ao “ter” que ao “ser”, a interpretação deve favorecer aquela.

A conclusão é particularmente válida para o poder judiciário no tocante à exegese do art. 6º. em comento. O voto do Ministro EROS GRAU é significativo ao registrar que os textos das Constituições são dotados de eficácia normativa vinculante e, ainda que o dispositivo em questão seja visto como uma norma programática, mesmo assim o direito do locador aos locativos cederia diante do bem de família do fiador. Lembra, nesse diapasão, às fls. 891 dos autos, emblemática lição haurida em tribunal alemão: “o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implementou implica, em última análise, a transferência da função constituinte ao Poder Legislativo”.

Acresce que o direito à habitação constitui uma das irradiações do princípio da dignidade humana, alçado ao ápice da pirâmide axiológica dos Estados de Social Democracia. Se assim é, não se pode extrair que o crédito do locador possa se sobrepor ao direito de o fiador conservar um imóvel para residência própria e da família. Destaca-se, a respeito, o voto do Ministro CELSO DE MELLO, registrado a fls. 912 dos autos e que se refere justamente àquele princípio:

Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º., I), permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como a intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano

vive com a sua família.

Quanto ao segundo argumento do relator, que se refere ao mercado de locações, deve-se tê-lo por infundado. Sem embargo, a afirmação de que a responsabilidade do fiador seria uma garantia de melhor oferta de moradia, parece encontrar eco em parte da doutrina, que vê na constitucionalidade do art. 3º., VII, uma forma de estimular a locação de imóveis residenciais.

Para alguns doutrinadores, a intenção do legislador teria sido a de usar o mecanismo das locações como instrumento de acesso à moradia. Ao diagnosticar o mercado de habitações, o legislador teria percebido dois fenômenos sociais: *a)* a existência de enorme contingente de pessoas em dificuldade para obter um fiador que tenha mais de um imóvel e *b)* a existência de um grande número de pessoas sem condições de pagar por outra forma de garantia, como a fiança bancária, por exemplo. Calcado em tais premissas, teria o legislador extraído a conclusão de que o direito à moradia seria inviabilizado pela impenhorabilidade do único imóvel do fiador, seja *a)* porque menos imóveis seriam oferecidos a locação; seja *b)* porque o preço dos alugueis tenderia a se elevar, diante dos riscos de não recebimento¹⁸.

Tal raciocínio não parece sustentável. Em primeiro lugar, faltam dados empíricos no sentido de que a penhora do bem de família do fiador possa inibir a oferta de imóveis para locação. A lei do bem de família vigeu por vários meses até que a lei do inquilinato viesse a cuidar da penhora. Mesmo assim, não se dispõem de dados sobre se, naquele período, a oferta tenha decaído. De igual sorte, não há notícia de que o acórdão do STF, que concluiu pela impossibilidade da penhora e que, em tese, vincularia os juízes em todo o território nacional, tenha tido o efeito de encarecer o valor dos alugueis.

Ora, na ausência de qualquer dado a respeito, nada se pode presumir, senão o fato de que a possibilidade de o fiador ter seu imóvel residencial livre de penhora não inibiu os proprietários a locar seus imóveis.

Na real verdade, não parece razoável supor que a declaração de inconstitucionalidade ou a revogação do art. 3º., VII, da Lei 8.009/90 venham a causar um impacto no mercado imobiliário. Se os proprietários de imóveis não os locarem, o que farão com eles? Será que os deixarão ao abandono, sem nada lucrar e à míngua de uma funcionalização econômica e social? O que lhes seria mais gravoso: ter a incerteza de receber e daí locar; ou ter a certeza de não receber, por não ter locado? O jogo do mercado imobiliário não é tão complexo quanto quer o relator do acórdão sob exame. Ninguém deixará ocioso um bem, podendo explorá-lo.

18 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André R. O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação. Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (coord.). **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008. p. 997-1018. p. 998.

Certezas e incertezas fazem parte do comércio e, ainda que existente o risco, ainda assim ninguém deixa de negociar.

Veja-se de outro ângulo. Ainda que a impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador venha a ser proclamada, não só poderá ter estes outros bens para suportar a dívida, como o próprio locatário poderá possuí-los, sendo certo que, nas locações residenciais, os bens do inquilino estão sob penhor legal em favor do proprietário do imóvel (Lei 8.245/91). Cuida-se de uma garantia real, capaz de gerar ao locador o direito de sequela.

Segue daí que o argumento das empresas do ramo imobiliário e dos locadores de imóveis urbanos, no sentido de que a impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador traria efeitos nefastos ao mercado imobiliário, a ponto de reverter em desfavor do locatário, deve ser visto com cautela.

Mas há outra razão para que o bem de família do fiador não possa ser levado à penhora. Ocorre que a simples menção no instrumento contratual de que o fiador é dono de tal ou qual imóvel, ainda que este esteja descrito no contrato, não basta para que a garantia se perfeça. Como se trata de um gravame, já que o propósito é de vincular o bem ao contrato, o registro à margem da matrícula é necessário para que a garantia se constitua. Não é possível, de fato, criar um direito real, que é a intenção do art. VII da Lei 8.009/90, sem o registro, que dará a necessária oponibilidade *erga omnes*. Se terceiros quiserem adquirir o imóvel, como saberão, sem o registro, que ele é bem vinculado a contrato? A essa conclusão chegou VILLAGÇA, que, sem embargo, não vê no art. 6º. fundamento para a impenhorabilidade¹⁹.

Quase dez anos já se passaram desde a edição da Emenda 26 e até hoje não se viu lei que regulamentasse a questão da moradia. Estará ela desprotegida ou vulnerável diante da omissão do legislador ordinário? Tratando-se de um direito constitucional fundamental, força é responder negativamente, não sendo lícito duvidar de que o direito de morar constitui uma densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é, assim, seu fundamento último.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O conceito de moradia vai além da ideia da propriedade, pois envolve qualquer poder de fato sobre um bem imóvel (posse) apto a propiciar condições dignas de habitabilidade;
2. A amplitude do conceito de moradia impõe aos poderes públicos vários mandados de conteúdo positivo e negativo, como a construção de mora-

¹⁹ Anotações em sala de aula. Programa de Doutorado em Direito Civil na Faculdade do Largo São Francisco. Disciplina de Direito de Família. 01 dez. 2009.

- dias, a implementação de uma política de facilitação à habitação popular e a abstenção de atos e criação de normas que possam obstar o direito de morar;
3. O parágrafo primeiro, art. 5º., da Constituição da República, aplica-se também aos direitos sociais;
 4. A norma constitucional estampada no art. 6º., que inclui o direito à moradia, é auto-aplicável, não dependendo de lei integradora, razão por que a moradia pode ser exigida incondicional e imediatamente;
 5. Contendo um direito fundamental e sendo exigível imediatamente, o dispositivo constitucional que protege a moradia impõe exegese axiológica e teleológica da parte do juiz, impedido de sacrificar a moradia em favor de direitos como o de crédito;
 6. O direito à moradia é, hierárquica e axiologicamente, superior ao direito de crédito, razão por que, no confronto com este, sai vitorioso;
 7. É inconstitucional o disposto no art. 3º., VII, da Lei 8.009/90;
 8. A impenhorabilidade do imóvel residencial de propriedade do fiador de contrato de locação não tem o condão de desestimular o mercado imobiliário nem de dificultar às classes populares o acesso à moradia;
 9. Não ocorrendo o registro à margem da respectiva matrícula, o bem de família do fiador está imune à penhora por dívidas do locatário;
 10. O fundamento do direito de morar é o princípio da dignidade do homem.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro V. Bem de Família Internacional (necessidade de unificação). **Revista Eletrônica do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina**, v. 1, n. 1, p. 1-13, jan./abr. 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André R. O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação. Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (coord.). **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008. p. 997-1018.

BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Ja-

neiro, RJ: Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel G. F. **Princípios Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

GOMES, Rosângela M. A. O Direito à Moradia como Valor Integrante do Direito à Vida Digna. In: KLEVENHUSEN, Renata B. (coord.) **Direitos Fundamentais e Novos Direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo W. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio O. (coord.) **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo W. Direito Fundamental à Moradia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 46, p. 193-244, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Direito à Moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem L. S. et al. (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

SILVA, José A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998.

VERBETES mor, morada; moradia. In: DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2001.

VIANA, Rui G. C. O Direito à Moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 2, abr./jun. 2000.

WEISS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo, SP: Malheiros, 1999.

Recebido em: 30 Abril 2010

Aceito em: 04 Outubro 2010