

# **O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA AOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS A RESPEITO DA EVOLUÇÃO EM MATÉRIA JURISPRUDENCIAL, COM DESTAQUE PARA A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>**

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup>

Resumo: o presente artigo analisa o conteúdo e significado do direito fundamental à moradia sob a vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988, buscando especialmente avaliar de forma crítica a mais recente evolução jurisprudencial, com destaque para o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: direitos fundamentais - moradia – Supremo Tribunal Federal – Constituição Federal Brasileira

Abstract: this paper analyses the content and meaning of the fundamental right to housing in the Brazilian Federal Constitution from 1988. The main purpose is to evaluate in a critical way the recent evolution in terms of courts jurisprudence, specially the current position sustained by the Federal Supreme Court.

Key-words: fundamental rights - housing – Federal Supreme Court – Brazilian Federal Constitution

## **1. A recepção do direito à moradia como direito fundamental no direito constitucional brasileiro: breves notas a respeito da evolução no plano internacional e constitucional**

Se partirmos do critério do reconhecimento expresso pela ordem jurídica positiva de um direito fundamental à moradia, deixando, portanto, de lado manifestações no plano da legislação infraconstitucional e até mesmo outros direitos fundamentais conexos, especialmente a função social da propriedade, verifica-se ter sido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez – na esfera internacional - os assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia, foram objeto de previsão expressa na condição de direitos humanos e fundamentais. Com efeito, de acordo com o artigo XXV (1) da Declaração:

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (Munique). Estudos em nível de Pós-Doutorado em Munique (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, como bolsista DAAD e Max-Planck) e Washington DC (Georgetown Center). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2008). Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais na Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Diretor do IBEC. Juiz de Direito no RS.

"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."

A partir do citado dispositivo, já no âmbito do direito internacional convencional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se, seja pela sua precedência cronológica, seja pela sua relevância, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, onde, no artigo 11, consta 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."

Para além de outros tratados internacionais, de cunho universal (isto é, não regional), onde houve menção expressa a um direito à moradia<sup>3</sup>, verifica-se que no plano das convenções de caráter regional, houve maior timidez ou cautela, já que nem a Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950) nem a Carta Social Européia (1961) reconhecem expressamente um direito à moradia, não obstante a referência, nos artigos 16 e 19 da Carta Social, à moradia no âmbito da proteção dos trabalhadores estrangeiros (imigrantes) e do direito da família à proteção social e legal. Também a Carta da Comunidade Européia sobre Direitos Fundamentais Sociais (1989) refere apenas a necessidade de medidas positivas para a proteção e integração de pessoas portadoras de deficiência, incluindo a moradia. Todavia, importa referir – em que pese a negativa, em princípio, de uma obrigação dos Estados de assegurarem uma moradia aos cidadãos - o reconhecimento da função social da propriedade e até mesmo de certas dimensões (no caso, de caráter eminentemente defensivo) de um direito à moradia pela Comissão Européia de Direitos Humanos e dos Tribunais Europeus (Tribunal de Justiça das

---

<sup>3</sup> Aqui lembramos, entre outros instrumentos internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. Em termos semelhantes, também as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), contém dispositivos reconhecendo um direito à moradia, com alguma variação no que diz com dimensões específicas deste direito.

Comunidades Européias e Tribunal Europeu de Direitos Humanos) em alguns de seus julgados envolvendo despejos e desapossamentos.<sup>4</sup>

Por derradeiro, a nova Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, aprovada no Conselho Europeu de Nice, França, em 07 de dezembro de 2000, mas ainda destituída da força vinculativa dos demais tratados referidos, contém referência expressa à dimensão social dos direitos fundamentais, prevendo o direito de acesso às prestações de segurança social e assistência social, inclusive no que diz com um auxílio para a habitação, com o objetivo de assegurar uma existência condigna aos necessitados (art. 34), além da previsão de um direito à proteção da saúde (art. 35), apenas para citar os exemplos mais relevantes.<sup>5</sup>

De modo geral, todavia, convém sinalar, há quem registre uma tendência à exclusão de um direito geral à moradia (não restrito a certas parcelas da sociedade ou grupos de pessoas, tais como deficientes, crianças, refugiados, etc.) na esfera dos documentos regionais, como também dão conta os exemplos da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e o Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de São Salvador).<sup>6</sup>

Ainda no plano internacional, pela sua relevância especial para o reconhecimento e proteção do direito à moradia, inclusive pela sua influência no que diz com a fundamentação de uma inserção deste direito na nossa própria ordem jurídica, na condição de direito fundamental social, cumpre citar os documentos oriundos de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, respectivamente em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e em 1996, em Istambul, Turquia, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, tido como o mais completo documento na matéria, do qual também o Brasil é signatário.

---

<sup>4</sup> Assim, por exemplo, costuma ser referida uma disputa envolvendo o Chipre e a Turquia (1976), versando sobre a evicção de cipriotas gregos, imputada à Turquia, ocasião na qual a Comissão Européia teve as evicções como constituindo uma violação do direito à proteção da moradia. No caso Mellacher e outros contra a Áustria (1989), julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, foi reconhecida a possibilidade de controle da legislação nacional a respeito de locações, inclusive estabelecendo restrições aos direitos do proprietário (cf. referências feitas por SACHAR, Rajindar, *The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, relatório apresentado em junho de 1993, à Comissão de Direitos Humanos da ONU, acessado pela Internet pelo seguinte endereço: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>, p. 22-23)

<sup>5</sup> Para um primeiro contato com o texto da nova Carta Européia, v., entre outros, RIQUITO, Ana Luísa *et. al.* *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, já citada.

<sup>6</sup> Cf. LECKIE, Scott. "The Right to Housing". In: EIDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina & ROSAS, Allan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 109 e 116-120.

Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, mediante remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência.

Traçado este breve panorama no que diz com o reconhecimento e proteção na esfera do direito internacional geral e convencional, e deixando de lado os relevantes aspectos ligados à sua eficácia e efetividade, constata-se que, na esfera do direito constitucional estrangeiro, bem mais de cinquenta Constituições reconhecem expressamente um direito fundamental à moradia<sup>7</sup>, revelando aqui uma tendência aparentemente mais progressista e afinada com os paradigmas internacionais colocados pela ONU, do que a manifestada no plano dos documentos regionais, tal como já referido, muito embora também aqui (no que diz com o direito constitucional) possam ser apontados alguns retrocessos, especialmente quando se tomar como parâmetro não apenas a mera previsão formal no texto das Constituições, mas sim, o nível de efetividade do direito à moradia, assim como dos direitos sociais em geral, circunstância que dispensa, por ora, maiores comentários.

No direito constitucional pátrio, em que pese o direito à moradia ter sido incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social direta e expressamente positivado - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, é correto, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, que na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos,<sup>8</sup> seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso

---

<sup>7</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 109 e seguintes, muito embora os dados não estejam atualizados, considerando a data da publicação do trabalho (1995).

<sup>8</sup> Referência ao voto da relatora do Projeto de Emenda Constitucional, citado na pesquisa feita por SALTZ, Alexandre. *O Novo Direito Social à Moradia na Constituição de 1988: Significado, Conteúdo, Eficácia e Efetividade*, trabalho de conclusão (não publicado) da disciplina "Constituição e Direitos Fundamentais", que integra a estrutura curricular do Mestrado em direito da PUC/RS, ministrada pelo autor do presente ensaio.

IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional dos institutos relativos ao usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.

Além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial<sup>9</sup>. Neste contexto, vale sempre lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.<sup>10</sup>

Por outro lado, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, tendo em conta ser o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente (e isto por si só já bastaria) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já formalmente incorporado ao direito interno, e partindo-se da premissa largamente difundida pela melhor doutrina (embora repudiada pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de já

---

<sup>9</sup> Sobre este ponto, remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. No âmbito da jurisprudência pátria, já se registravam decisões anteriores a Emenda nº 26, reconhecendo, de certa forma, um direito implícito à moradia (habitação) com base no estreito vínculo com a dignidade da pessoa. Apenas a título exemplificativo, vai aqui referida a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator o Ministro José Delgado.

<sup>10</sup> Cf. Decisão nº 94-359, de 19.01.95, onde, todavia – para ser preciso – não se encontra uma referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (“la possibilite pour toute personne de disposer d’u n logement décent est u n objectif de valeur constitutionnelle”).

avançando na matéria, reconhece apenas uma hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos) da hierarquia constitucional destes tratados,<sup>11</sup> poder-se-á sustentar que o direito à moradia já era até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental.

De qualquer modo, com a recente inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais, a possível controvérsia quanto ao reconhecimento inequívoco no plano constitucional de um direito à moradia resta superada. Se o direito à moradia, pelos motivos já apontados, não chega a ser propriamente um “novo direito” na nossa ordem jurídico-constitucional, por certo a sua expressa positivação, ainda mais no mesmo plano dos demais direitos sociais básicos nominados no art. 6, da CF, lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com a sua eficácia e efetividade, pressupondo-se, à evidência, uma concepção de Constituição que, mesmo reconhecendo – com Luís Roberto Barroso – que o direito (e também o direito constitucional) não deve normatizar o inalcançável<sup>12</sup> – nem por isso deixa de assegurar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, feitas algumas considerações sobre a trajetória que teve como resultado a inserção do direito à moradia no artigo 6º da CF, percebe-se que além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado “estatuto da cidade” – ocorreu um incremento significativo do número de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia na sua condição de direito fundamental social. Se parece incensurável a afirmação de que após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a não ser mais possível refutar a condição do direito à moradia como direito de matriz constitucional, de tal sorte que cogente (pelo menos, assim o deveria ser!) a consideração das conseqüências jurídicas de tal reconhecimento, tal não significa dizer que a respeito de tais conseqüências jurídicas não existam uma série de controvérsias, que principiam pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, alcançando, inclusive, o debate em torno do seu conteúdo e significado, especialmente, contudo, no que diz com sua possível eficácia e efetividade.

---

<sup>11</sup> Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., especialmente p. 73 e seguintes.

<sup>12</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 47, em referencial estudo sobre o tema.

Passando agora à delimitação da abordagem, importa recordar que dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que diz com a tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares. Nesta perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar. Com efeito, após uma série de decisões judiciais - inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - vedando a penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, por ora no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação. Tal decisão diz respeito a um número expressivo de situações concretas e a vida de inúmeras pessoas, sem falar na sua conexão com casos semelhantes, como ocorre com a previsão legal da penhora em se cuidando de dívidas condominiais, assim como nos casos de execuções promovidas pela fazenda pública, dentre outros. Por outro lado, em se considerando a jurisprudência do STJ, notadamente a recente Súmula de nº364, verifica-se que esse Tribunal tem buscado, em diversas situações, ampliar a proteção legal conferida ao assim chamado “bem de família”, assegurando tal tutela mesmo ao devedor solteiro (incluindo viúvos e descasados), isto apenas para ilustrar a questão mediante recurso a um exemplo recentíssimo<sup>13</sup>. Da mesma forma, ainda no campo da assim designada função defensiva (negativa), vale colacionar os casos de proteção da moradia contra despejos arbitrários, reintegrações de posse, ou qualquer outro modo de restrição ou violação do direito à moradia por ação ou mesmo omissão.

De outra parte, mesmo considerando o nosso propósito de focar o direito (fundamental!) à moradia na ordem constitucional brasileira, designadamente na sua condição de direito negativo (direito de defesa), não se está aqui a afastar nem a existência de uma dimensão positiva (como direito a prestações), nem a sua relevância para a própria dimensão negativa (o dever de proteção estatal implica medidas positivas de cunho fático e normativo), mas apenas estabelecendo uma delimitação do objeto de nossa abordagem. Aliás, mesmo naquilo em que a moradia atua como direito negativo

---

<sup>13</sup> Sobre o tema da tutela constitucional do bem de família no Brasil, inclusive com referências ao direito comparado, v., por último, RITONDO, Domingo Pietrangelo, *Bem de Família*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

qualquer pretensão de completude da abordagem seria fadada à frustração, ainda mais levando em conta os limites espaciais do presente artigo. Assim, o que se pretende é acima de tudo revisitar o tema<sup>14</sup> para efeitos de, no plano da dimensão negativa e à luz de alguns exemplos, embora com ênfase na avaliação crítica da referida decisão do STF sobre a penhorabilidade do imóvel do fiador, analisar a possível eficácia e efetividade do direito à moradia como direito fundamental (em sentido formal e material) no Brasil nestes vinte anos de vigência da atual CF. Para que isto seja possível, iniciaremos com a caracterização do direito à moradia como um direito fundamental na ordem constitucional brasileira, explorando especialmente a sua condição de direito negativo (ou de defesa). Na seqüência, passaremos a avaliar criticamente a questão da proteção da moradia contra a penhora tal qual enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e algumas outras questões correlatas.

Além disso, antes de iniciarmos o estudo propriamente dito, vale consignar que o acesso à moradia, ainda mais uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana, segue constituindo um dos problemas mais relevantes a serem superados em termos de efetividade dos direitos sociais, seja no Brasil, seja em tantos outros Países marcados pela desigualdade. Precisamente no que diz respeito à efetiva concretização do direito à moradia digna no plano nacional, os índices, embora hoje significativamente melhores do que há vinte anos, ainda seguem alarmantes, visto que 54 milhões de brasileiros ainda residem em moradias sem a adequada infra-estrutura, o que, em 2007, representava 34,5% da população urbana brasileira<sup>15</sup>. De outra parte, considerando os critérios para que uma moradia seja considerada adequada ou condigna (como, por exemplo, a existência de instalações sanitárias adequadas, disponibilidade de água potável, acesso aos meios de transporte coletivos, entre outros), também se verifica o quanto a questão do direito à moradia não pode ser dissociada do contexto geral dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de outros direitos fundamentais, como a tutela da vida privada, o livre desenvolvimento da personalidade, entre outros, tudo a demonstrar a necessidade de uma tutela ampla e integrada.

---

<sup>14</sup> V. o nosso “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”, in: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos* vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-193, onde também abordamos a dimensão positiva (prestacional) e outras questões vinculadas ao direito à moradia e aos direitos sociais em geral.

<sup>15</sup> Dados de pesquisa realizada pelo IPEA (PNAD) e divulgados pelo veículo UOL Cotidiano, artigo de Guilherme Balza, de 21.10.08.

Assim, a considerar os rumos da doutrina e da jurisprudência em matéria de direito à moradia entre nós, nada mais oportuno do que avaliar, à luz dos desenvolvimentos mais recentes, pelo menos alguns dos aspectos jurídico-constitucionais que dizem respeito à tutela da moradia nestes vinte anos de vigência de nossa atual Constituição, no mínimo com o intuito de reafirmar a necessidade do contínuo debate a respeito de como, por meio dos mecanismos do Direito e do discurso jurídico-constitucional dos direitos humanos e fundamentais, é possível contribuir para a superação (pelo menos significativa) do déficit em matéria de tutela e promoção do direito à moradia no Brasil.

## **2. Contornos do direito à moradia como direito fundamental na Constituição Federal de 1988**

Muito embora a já referida circunstância de que o direito à moradia foi incluído (expressamente) no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, da CF) por meio de emenda constitucional (EC nº 26, de 2000)<sup>16</sup>, sua condição de direito fundamental, a despeito de alguma doutrina que refuta a fundamentalidade dos direitos sociais, tem sido amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito de ter, por maioria, chancelado a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador<sup>17</sup> (decisão que será objeto de uma avaliação crítica logo adiante), reafirmou, em termos gerais, ser a moradia direito fundamental da pessoa humana. Por outro lado, mesmo que não se pretenda aqui aprofundar a questão, há que enfatizar que a defesa intransigente da fundamentalidade de todos os direitos e garantias contidos no Título II da Constituição Brasileira, sem prejuízo da existência de outros direitos fundamentais, seja decorrentes do regime e dos princípios (portanto, direitos expressa e implicitamente consagrados na Constituição,

---

<sup>16</sup> O fato de a inclusão do direito à moradia no âmbito dos direitos sociais ter ocorrido por emenda constitucional apenas no ano 2000 não significa, contudo, que a moradia não tenha recebido já alguma tutela direta na Constituição e que, além disso, não poderia já ser considerada como direito fundamental social pelo menos implicitamente positivado. Neste sentido, v. o nosso já referido “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição...”, p. 150 e ss. A respeito do histórico do direito à moradia na ordem jurídica brasileira, v. também, no que diz com a produção monográfica, INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*, Curitiba: Juruá, 2002, p.38 e ss.; SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104 e ss.; AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 84 e ss. e, mais recentemente, GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37 e ss.

<sup>17</sup> RE 407.688-8, Relator Ministro Cezar Peluso.

ainda que em outras partes de seu texto) e constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tudo a teor do disposto no artigo 5º, § 2º da nossa Constituição.

Embora se saiba (pelo menos é a nossa convicção) que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, e que, de qualquer modo (mesmo que haja uma conexão direta com a dignidade da pessoa), diversa a intensidade do vínculo entre dignidade e direitos fundamentais, já que distinto o âmbito de proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais<sup>18</sup>, o que evidentemente também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral, bem como ao direito à moradia em particular.

Tais ponderações já deveriam, por si só, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que sustentamos uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais<sup>19</sup>. Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos direitos expressamente consagrados na Constituição com o rótulo de fundamentais não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva<sup>20</sup>) contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Vale lembrar, nesta mesma perspectiva, que sempre – mesmo antes da inclusão do polêmico § 3º no artigo 5º da Constituição – defendemos, acompanhando a melhor doutrina, a hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso material, vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que

---

<sup>18</sup> V. por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79 e ss. Entre nós, enfatizando, todavia, a ausência de uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana de todos os direitos consagrados na Constituição de 1988, v., em especial, o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79 e ss.

<sup>19</sup> Pelo menos esta a leitura da nossa obra, seguramente inadequada, realizada por MAURÍCIO JUNIOR, Alceu, “Direitos Prestacionais, Concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado”, in: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos* vol. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4 e ss.

<sup>20</sup> Como bem lembra FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206 e ss., recuperando importante tradição doutrinária

alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, razões para questionar tal condição. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitera-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que já de partida receberam no momento do pacto constitucional fundamente a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação também democrática!<sup>21</sup>), decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem assegurar a esses direitos sua eficácia e efetividade.

Aliás, não sendo o caso de aprofundar o debate, mas sim, espancando eventuais dúvidas, o de enfatizar a nossa posição a respeito do tema, verifica-se que justamente o caso específico do direito à moradia, que não tinha sido como tal diretamente previsto no artigo 6º, demonstra inequivocamente que – justamente em função de parâmetros de ordem substantiva – estamos diante de um direito fundamental, ainda que se possa controverter a respeito de sua amplitude. Com efeito, se as assim designadas “liberdades sociais” – com destaque para os direitos de greve e liberdade de

---

<sup>21</sup> Discutindo, ainda que não exatamente sob este ângulo, a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo) v., dentre outros, NETO SOUZA, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.225 e ss., sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nesta mesma linha de abordagem (embora uma série de divergências entre o pensamento dos autores referidos e entre esses e a nossa concepção) v., ainda, entre outros, a recente coletânea de CATONNI, Marcelo (Org). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006 e, por último, a instigante contribuição de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, especialmente o capítulo 7, onde é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual) v. o referencial trabalho de STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004 (especialmente capítulos Ia V) e, do mesmo autor, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, assim como SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Embora a nossa resistência às abordagens de cunho (prevalentemente) procedimental, não há como desconsiderar a relevância da discussão e a qualidade da doutrina produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

associação sindical – assumiram e seguem exercendo papel relevante na contenção do exercício do poder econômico na esfera das relações sociais, os direitos fundamentais sociais em geral, notadamente na sua condição de direitos a prestações, objetivam, em primeira linha, uma compensação das desigualdades fáticas de modo a assegurar a proteção da pessoa (de qualquer pessoa) contra as necessidades de ordem material, garantindo uma existência com dignidade<sup>22</sup>. Por outro lado, útil lembrar que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época<sup>23</sup>.

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna

---

<sup>22</sup> Cf. dentre outros, HÖFLING, Wolfram. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz". In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 109-110. assim como MAUNZ, Theodor & ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29ª ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por PAVIA, Marie-Luce. "Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: un Nouveau Principe Constitutionnel". In: CABRILLAC, Rémy, ROCHE-FRISON, Marie-Aenne & REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 109-110, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, a partir do reconhecimento da moradia como objetivo e valor de matriz constitucional pelo Conselho Constitucional. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no âmbito da assistência social. Neste sentido, v. DELPÉRÉE, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". In: BARROS, Sérgio R. & ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 156 e seguintes. Assim também, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 4, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, v., dentre tantos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 329 e ss., assim como o pioneiro trabalho de TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, p. 20-49 (apontando-se aqui a existência de desenvolvimentos posteriores), NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. "O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana". *Revista de Direito Administrativo* 219: 247, 2000, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático", in: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente p. 308 e ss. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, todos apontando a vinculação do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, ainda que existam variações importantes sobre a fundamentação, conteúdo e eficácia do assim designado mínimo existencial que podem ser encontradas tanto nos autores referidos em caráter ilustrativo quanto nos demais que têm dado atenção ao tema.

<sup>23</sup> Cf. a oportuna menção de MODERNE, Frank. "La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française". In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, v. 1, p. 220.

e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)<sup>24</sup>. De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. Aliás, não é por outra razão que o direito à moradia, tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida<sup>25</sup> e, nesta perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana) é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos de personalidade<sup>26</sup>.

A reforçar esta linha de pensamento, relembra-se também aqui a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, no sentido de que o direito à moradia inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar, de acordo com a correta acepção do autor, constitui um existencial humano<sup>27</sup>. Assim, o que se está a enfatizar, ao fim e ao cabo, é a direta vinculação – embora não uma identificação absoluta - do direito à moradia com a assim designada garantia (e direito) a um mínimo existencial, bem como com o que se

---

<sup>24</sup> Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7, p. 102.

<sup>25</sup> Cf. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Direito à Moradia". *Revista de Informação Legislativa* 127: 49, 1995. Também VIANA, Rui Geraldo Camargo. "O Direito à Moradia". *Revista de Direito Privado*, abril/junho 2000, p. 9, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. Registre-se, ainda quanto a este ponto, que também pelo prisma do direito internacional, o que decorre inclusive de previsão expressa do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado pelo Brasil em 1992, o direito à moradia, assim como o direito à alimentação, integra o direito a um adequado padrão de vida. Neste sentido, dentre tantos, CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 330.

<sup>26</sup> Neste sentido, destacando a vinculação com os direitos de personalidade, v., entre nós, em especial SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, *op. cit.*, p. 145 e ss., bem como GODOY, Luciano de Souza, *op. cit.*, p. 48 e ss. Também SCHREIBER, Anderson, "Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro", in: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros (Org), *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81 e ss., identifica no direito à moradia uma dimensão essencial à personalidade humana, consignando que "a não-habitação ou habitação das ruas representa não apenas a perda da moradia, mas a perda da própria condição de pessoa", bem explorando esta perspectiva.

<sup>27</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia". *Revista de Direito Alternativo*, 1993, p. 121, igualmente sinalando a direta conexão do direito à moradia com o direito à vida (p. 133).

tem chamado de um conteúdo existencial de outros direitos fundamentais<sup>28</sup>, como é o caso inclusive (a depender das circunstâncias) do direito de propriedade, assim como do direito à propriedade<sup>29</sup>.

Importa notar, ainda, que mesmo dentre os que, pelo menos em termos gerais, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais, há quem admita o caráter fundamental (e, como tal, juridicamente exigível) de um direito à moradia, designadamente naquilo em que integra um direito às condições mínimas para uma existência humana digna, destacando-se, entre nós, o magistério de Ricardo Lobo Torres<sup>30</sup>. De qualquer sorte, não sendo o nosso intuito aprofundar a discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais<sup>31</sup>, reafirmamos nossas ponderações anteriores no sentido de que, a exemplo dos demais direitos sociais expressa e implicitamente consagrados na Constituição, o direito à moradia comunga do pleno estatuto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, integra o elenco dos limites materiais à reforma constitucional e, na condição de norma de direito fundamental, é sempre

---

<sup>28</sup> Sobre o tema, v., dentre outros, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 329 e ss. No que diz respeito à consideração do direito à moradia como sendo vinculado a uma garantia do mínimo existencial, não se irá aqui desenvolver as diversas possibilidades de fundamentação deste mínimo existencial e nem a sua conexão com as diversas teorias sobre as necessidades da pessoa humana, que também podem servir de fundamento para um direito à moradia. A respeito destas questões, v., por exemplo, PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona: Icaria, 2003, p. 23 e ss. Entre nós, no que diz com o direito à moradia e explorando esta senda (designadamente a conexão com uma teoria das necessidades), confira-se especialmente ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos e fundamentais à alimentação e à moradia*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

<sup>29</sup> Cf., por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>30</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais". *Revista de Direito Administrativo* 177: 29, 1989, que, em paradigmático e pioneiro estudo sobre o mínimo existencial, destaca que este carece de um conteúdo específico, já que pode abranger qualquer direito, ainda que não originariamente fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não obstante neste primeiro estudo o ilustre doutrinador Fluminense não tenha feito menção expressa ao direito à moradia como exemplo de direito fundamental, tal veio a ocorrer, recentemente, em outro texto de crucial relevância para a discussão da problemática dos direitos fundamentais, admitindo que no concernente aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória até mesmo a sua prestação pelo Estado (cf. TORRES, Ricardo Lobo. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289). Por outro lado, nem todos os autores incluem (pelo menos não explicitamente e como dimensão autônoma) a moradia no âmbito do mínimo existencial, como é o caso, entre nós, de BARCELLOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, p. 289 e ss., embora a autora, ao sustentar a necessidade de uma assistência aos desamparados como concretização do mínimo existencial, ali tenha incluído a oferta pelo Estado de abrigos para passar a noite, o que em parte (mas apenas em parte!) contempla as exigências de um direito à moradia numa perspectiva mais alargada de um mínimo existencial fundado na dignidade da pessoa humana.

<sup>31</sup> Sobre o tema dos direitos fundamentais sociais em geral, propiciando o acesso a um conjunto expressivo de contribuições de autores nacionais e estrangeiros, v., por último, a monumental coletânea organizada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord), *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

diretamente aplicáveis, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, muito embora se possa discutir a respeito das exatas dimensões de sua eficácia e efetividade<sup>32</sup>, o que precisamente irá ser objeto da nossa atenção nos próximos segmentos.

### **3. O direito à moradia como complexo heterogêneo de direitos (e deveres) negativos e positivos**

Ainda que se possa estabelecer, a depender dos critérios adotados, uma distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação<sup>33</sup>, e iniciando a abordagem com algumas anotações sobre a questão terminológica, verifica-se que a nossa Constituição, ao referir-se ao direito à moradia no artigo 6º, o fez de forma genérica (que será também aqui seguida), desacompanhado de qualquer adjetivo. Tendo em conta a previsão, na esfera dos tratados internacionais, de um direito à moradia adequada (a exemplo do que ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966), ou mesmo, como é o caso da Constituição da Bélgica, de um direito a uma moradia decente, entre outros muitos exemplos que poderiam ser colacionados, a ausência de qualquer adjetivação não autoriza que o direito à moradia tenha o seu conteúdo esvaziado, no sentido daquilo que se tem designado de um mínimo vital (ou meramente fisiológico), portanto, situado aquém das exigências da dignidade da pessoa humana e do correspondente mínimo existencial. De qualquer modo, convém levar em consideração que a adjetivação tem o mérito inquestionável de afastar interpretações demasiadamente restritivas, que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que poderia dar no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infraconstitucional.

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, traçar (dentre outras diferenciações possíveis) a sua distinção em relação ao direito de propriedade e ao direito à propriedade. Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional urbano e rural), atuando, ainda, como elemento

---

<sup>32</sup> Para maiores desenvolvimentos v. o nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 88 e ss.

<sup>33</sup> Neste sentido v. especialmente SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*, cit. p. 141 e ss., destacando a vinculação entre ambos os institutos e, em termos gerais, compreendendo o direito de habitação (como o direito real de habitação, por exemplo) como uma possibilidade específica de assegurar a moradia, que assume contornos mais amplos.

indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo - é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, o que não elide a sua maior ou menor vinculação com outros bens (e correspondentes direitos e deveres) fundamentais. Ademais, adiantando já aspectos da discussão a ser travada na última parte, onde será examinada, entre outras, especialmente a questão da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador, a conexão com o direito a uma existência digna implica (como se irá desenvolver mais adiante) que em diversas situações o direito à moradia ocupe uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade ou mesmo outros direitos. No mínimo há que admitir como justificadas uma série de restrições ao direito de propriedade, que, de resto (de acordo com previsão constitucional expressa!) encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que já de há muito expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil é tutelada constitucionalmente<sup>34</sup>, o que evidentemente (especialmente naquilo em que estaria completamente afastada a tutela da propriedade que não cumpre uma determinada função social) é altamente controverso e não poderá aqui ser mais desenvolvido.

De outra parte, é preciso considerar, ainda mais levando em conta o direito constitucional positivo brasileiro, que se é verdade que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispondo de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável, tal não significa que o direito de propriedade não assuma a condição de direito fundamental. Pelo menos não se poderá desconsiderar, a exemplo do que tem enfatizado Luiz Edson Fachin, que a propriedade, quando conectada com as exigências de uma vida digna, acaba sendo merecedora de uma tutela na medida em que cumpre precisamente uma

---

<sup>34</sup> Entre nós, vale lembrar a lição do saudoso Professor e Desembargador Gaúcho RUY RUBEN RUSCHEL, *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997, p. 145-155, alertando para a necessidade de uma releitura (à luz da Constituição e do princípio da função social da posse da propriedade) do art. 524 do Código Civil (de 1916) e da própria definição de posse, sustentando a necessidade do uso e gozo do bem *secundum beneficium societatis*. Também adotando esta linha de entendimento, convém lembrar, entre outros, os preciosos ensinamentos de FACHIN, Luiz Edson. "Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social". *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina* 11: 33-46, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, bem como, mais recentemente, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, todos convergindo – a despeito de importantes variações no que diz com o conteúdo das obras - no sentido de uma necessária interpretação dos institutos jurídicos sobre a posse e propriedade à luz da Constituição, da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

função existencial e não meramente patrimonial<sup>35</sup>. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos novamente à discussão em torno do caráter fundamental do direito de propriedade, que, visto sob prisma eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira - considerado direito fundamental em sentido apenas formal<sup>36</sup>. De qualquer sorte, independentemente da discussão a respeito de qual a extensão da tutela jurídico-constitucional da propriedade, não se poderá olvidar aqui a necessidade de levar a sério a concepção constitucional de direitos fundamentais vigente, que, como já apontado anteriormente, contempla todos (mas não apenas estes) os direitos e garantias do Título II.

Estabelecidas estas primeiras diretrizes, verifica-se que, especialmente em função do silêncio da nossa Constituição no que diz com uma definição direta e mínima do conteúdo do direito à moradia, há que construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas, de tal sorte que também para este feito assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Com efeito, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, os tratados internacionais – pelo menos de acordo com a doutrina majoritária - possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais pelo menos (naquilo que não contemplados no texto constitucional) em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa - de um bloco de constitucionalidade<sup>37</sup>. Mesmo que assim não fosse, pelo menos – o que já seria de extrema utilidade em diversas circunstâncias – os tratados de direitos humanos

---

<sup>35</sup> Cf. a notável contribuição de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>36</sup> A respeito de uma possível distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, v. a interessante contribuição de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 45-50. Desde logo, para não quedarmos omissos, destacamos que - compreendida pela perspectiva de seu conteúdo socialmente útil e de sua possível dimensão existencial - a propriedade constitui direito fundamental na sua dupla vertente formal e material, não apresentando necessariamente caráter exclusivamente patrimonial. De qualquer modo, considerando a ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e tendo em conta a conhecida e prestigiada tese de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II<sup>2ª</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 40 e ss., no sentido de que, pelo menos em princípio, as normas constitucionais em sentido formal são também materialmente constitucionais, de tal sorte que eventual decisão em prol da relativização da propriedade, deverá ocorrer mediante uma cuidadosa ponderação de bens e levar em conta a maior ou menor conexão da propriedade com outros valores essenciais, notadamente, com a dignidade da pessoa humana.

<sup>37</sup> Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43 e ss.

devidamente incorporados são equivalentes à legislação ordinária federal e como tal devem ser aplicados.

Além disso, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, verifica-se, desde logo, que na identificação (construção) do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita à mera existência e sobrevivência física<sup>38</sup>. O que se constata, portanto, é que o conteúdo do direito à moradia (em outras palavras, o seu âmbito de proteção ou de aplicação) há de ser identificado também mediante uma interpretação simultaneamente tópica e sistemática<sup>39</sup>, que, além de observar a necessidade de um diálogo entre as diversas fontes do Direito (interno e internacional<sup>40</sup>) dialogue com os diversos direitos e deveres fundamentais que com ele guardam conexão. É que também o direito à moradia, da mesma forma como ocorre com o direito à saúde e uma série de outros direitos (e bens) fundamentais, embora seja sempre um direito autônomo, encontra-se “marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”<sup>41</sup>, como é o caso, dentre outras, da vida, da alimentação, da saúde, da privacidade e intimidade, do meio ambiente e da propriedade, tudo a reforçar a idéia de que o Estado Democrático de Direito contemporâneo deve ser

---

<sup>38</sup> Tal entendimento guarda coerência com a conceituação da dignidade da pessoa humana por nós apresentada em trabalho anterior, sustentando que “a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*, 5ª ed., p. 62).

<sup>39</sup> Sobre o tema, remetemos ao já clássico FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>40</sup> Também ao direito à moradia, como de resto a todos os direitos humanos e fundamentais, aplica-se, portanto, a noção da observância necessária de uma juridicidade em rede, marcada por uma interpenetração normativa crescente e cada vez mais inclusiva das normas internacionais, mas também do recurso ao direito comparado. Neste sentido, explorando a questão em relação ao direito à saúde, v. a recente manifestação de LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (Protecção) da Saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 667 e ss.

<sup>41</sup> Cf., novamente, LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (protecção) da saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, op. cit., p. 666. Especificamente cuidando da relação entre o direito à moradia e outros direitos humanos e fundamentais v. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 25 e ss. Entre nós, v. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de., op. cit., p. 198 e ss., explorando a relação do direito à moradia com os direitos de personalidade.

compreendido como sendo sempre um Estado Socioambiental, o que aqui não será explorado.

Neste contexto, complementando e iluminando os critérios já veiculados pelo direito (constitucional, legal e jurisprudencial) interno, há que ter presente os padrões internacionais desenvolvidos e difundidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, naquilo que enunciam uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia<sup>42</sup>:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

---

<sup>42</sup> Tal como disposto no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por SACHAR, Rajindar, “The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights”, p. 17-18, apresentado em 1993 pelo autor, à época relator da ONU para o direito à moradia, para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, acessado pela internet no seguinte endereço: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>. No âmbito da literatura especializada, confira-se, ainda e de modo especial, PISARELLO, Gerardo, *op. cit.*, p. 81 e ss., aprofundando a problemática do conteúdo normativo do direito à moradia também tendo em conta os parâmetros construídos no âmbito das relatorias especiais da ONU, bem como, mais recentemente, a relação de critérios apresentada por TEDESCHI, Sebastián, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216 e ss., reproduzindo, em termos gerais, a listagem referida acima, mas com importantes comentários e acréscimos.

Tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada.

De outra parte, resulta evidente a conexão do direito à moradia (na sua dimensão compreensiva e complexa já indiciada) com o que já se tem designado de um direito à cidade, visto que, como bem averba Gerardo Pisarello, quando se abandona o âmbito restrito da unidade habitacional concreta, a vinculação da moradia com seu entorno e com o desenho urbanístico em geral é cogente<sup>43</sup>. Tal premissa, por sua vez, inequivocamente inspirou o legislador brasileiro na elaboração da Lei n° 10.257/2001 (o assim designado *Estatuto da Cidade*) que contempla todo um conjunto de princípios e diretrizes, além de prever uma série de instrumentos específicos, que não apenas objetivam a promoção e tutela da moradia das pessoas individualmente consideradas, mas busca avançar no que diz com uma inserção da moradia no espaço urbano como um todo, na perspectiva de um desenvolvimento sustentável<sup>44</sup>.

Assim, já a partir do exposto e de modo especial considerando o conjunto de obrigações que têm sido vinculadas à tutela e promoção da moradia no plano internacional e nacional, verifica-se também que são múltiplas as formas pelas quais podem os Estados efetiva o direito à moradia, aspecto que guarda conexão com o próximo segmento e que voltará a ser objeto de menção. Portanto, como bem demonstra

---

<sup>43</sup> Cf. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 84 e ss. Importa registrar que também no Brasil tem crescido o número dos que discutem a noção de um direito (humano e fundamental) à cidade, em especial no que diz respeito à concepção de uma “cidade sustentável”, o que apenas reforça a já apontada necessidade de se ampliar os horizontes e inserir a questão do direito à moradia no contexto mais amplo e afinado com as exigências do conjunto dos direitos humanos e fundamentais, na perspectiva de um Estado Socioambiental de Direito. Dentre os diversos títulos que poderiam ser colacionados e que se inserem nesta perspectiva destacamos aqui a recente coletânea de PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org), *Temas de Direito Urbano-Ambiental*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>44</sup> Apenas em caráter exemplificativo, considerando já o expressivo número de publicações produzido nos últimos anos, v. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org), *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

o elenco de diretrizes que concretizam o conteúdo do direito à moradia, também a este se aplica a noção de que se cuida de um direito fundamental com um todo, de cunho compreensivo, e que, como já de há muito demonstrou Robert Alexy<sup>45</sup>, abrange um conjunto complexo e heterogêneo de posições (direitos e deveres) fundamentais, o que, por sua vez, guarda relação com a já consagrada lição de que o texto (dispositivo=enunciado semântico) não se confunde com a norma e nem esta com os direitos (e deveres) que possa vir a atribuir<sup>46</sup>. Assim, sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que também o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, visto exercer simultaneamente a função de direito de defesa e de direito a prestações (de cunho normativo e/ou material) e que, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, sem que se pretenda aqui discutir se a eficácia nas relações entre particulares opera de forma exclusivamente indireta ou se há como aderir (como é o nosso caso e o da maioria da doutrina nacional e ao que parece do próprio Supremo Tribunal Federal) a uma eficácia em princípio direta<sup>47</sup>.

Muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação (seja em relação aos órgãos estatais, seja em relação a particulares), assim como das possíveis conseqüências jurídicas a serem extraídas a partir de cada

---

<sup>45</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 240 e ss.

<sup>46</sup> Neste sentido v. novamente ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 47 e ss. (especialmente p. 62 e ss.); entre nós, notadamente no que diz com a distinção entre texto e norma, vale lembrar o já clássico texto de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164 e seguintes, assim como a relevante contribuição de STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16, que, dialogando com autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Friedrich Müller e outros, acabaram influenciando toda a evolução doutrinária brasileira subsequente.

<sup>47</sup> Sobre o tema v. o nosso “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *A Constituição Concretizada: construindo pontes para o Público e o Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2000, p. 107-163, onde sustentamos a tese de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Na seqüência, limitando-nos aqui às monografias exclusivamente dedicadas ao tema, especialmente as teses de doutoramento de SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, STEINMETZ, Wilson, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004., assim como, mais recentemente, SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005. Especificamente versando sobre a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas (tema abordado também em algumas das monografias citadas) v. o nosso “Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado”, in: *Revista de Direito do Consumidor* n° 61, janeiro-março de 2007, 90-125. No âmbito jurisprudencial, refere-se aqui a paradigmática decisão proferida pelo STF no RE 2201818-RJ, com destaque para o voto do Ministro Gilmar Mendes. Refutando a posição majoritária em prol de uma eficácia direta (embora não absoluta) e sustentando uma eficácia indireta v., entre nós, a despeito de se tratar apenas de um tópico da obra, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 108 e ss.

manifestação do direito à moradia, o que importa, por ora e para efeitos deste estudo, é que cientes da dupla dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos assim designados direitos sociais), tal circunstância não altera o fato (e nem as conseqüências que disso se pode e se deve extrair!) de que na sua condição de direito (subjeto) de defesa o direito à moradia tem por objeto em primeira linha a sua não-afetação por parte do Estado, ao passo que na sua condição de direito a prestações, o direito à moradia terá por objeto a criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas<sup>48</sup>.

É também nesta perspectiva que optamos por utilizar a expressão direito à moradia no seu sentido mais amplo possível, abarcando todo o conjunto de posições jurídicas e garantias que – mesmo que tenham alguma autonomia quando considerados individualmente – são todas vinculadas à garantia (positiva e negativa) de uma moradia digna para a pessoa humana. É por essa razão que mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais (conexos e autônomos) em matéria de moradia, que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais.

Cientes, portanto, desta dupla dimensão positiva e negativa do direito à moradia e levando em conta os propósitos do presente trabalho, passa-se a explorar um pouco mais a assim designada dimensão negativa, já que é nesta perspectiva que também se irá, na última parte priorizar a análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da penhora do imóvel residencial do fiador, ainda que tal questão também guarde conexão com a dimensão positiva do direito à moradia e de outros direitos fundamentais. Aliás, justamente no caso da penhora é que se percebe claramente a conexão entre a dimensão negativa e positiva, visto que em primeira linha o que está em causa é se tanto o legislador (ao prever a possibilidade da penhora do imóvel do fiador) quanto o Supremo Tribunal Federal (ao decidir pela legitimidade constitucional da opção legislativa) desincumbiram-se do seu dever de tutela em relação ao direito à moradia e se o fiador que teve o imóvel penhorado possui um direito

---

<sup>48</sup> Desenvolvendo o tópico v. especialmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 182 e ss.

subjetivo (negativo) de impugnar com eficácia esta medida, por se tratar de uma ingerência constitucionalmente insustentável.

#### **4. O direito à moradia na condição de direito de defesa: algumas possíveis manifestações**

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial. É precisamente esta a dimensão – a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”,<sup>49</sup> embora a proteção também envolva ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar a nunca suficientemente lembrada conexão entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais.

Na sua condição de direito (subjetivo) negativo ou de defesa, também ao direito à moradia é aplicável, em termos gerais, a lição de Robert Alexy, especialmente quando demonstra que a dimensão negativa abrange: a) direitos ao não-impedimento de ações; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações (em suma, não-afetação de determinados bens jurídicos); c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas<sup>50</sup>. Da mesma forma, assume destaque a assim designada proibição de retrocesso (ou regressividade, como preferem alguns) em matéria de concretização dos direitos sociais, que igualmente acaba sendo referida à dimensão negativa, não sendo o caso aqui de analisar se há ou não uma equivalência entre a proibição de retrocesso e as situações mencionadas por Alexy, especialmente quando se cuida de direitos a não-eliminação de

---

<sup>49</sup> Fica o registro de que o dever de proteção do Estado, para além da imposição de um dever de respeito e não-violação (dimensão negativa propriamente dita) abrange a necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz do direito à moradia, que, por sua vez, pode ocorrer pela edição de atos normativos ou mesmo outros atos concretos destinados a salvaguardar a moradia (direitos a prestações normativas e fáticas), aspecto este que será considerado logo a seguir e que diz com a dimensão prestacional (positiva).

<sup>50</sup> Cf. ALEXY, Robert., op. cit., p. 186 e ss.

posições jurídicas, onde também melhor se insere a figura do direito adquirido, apenas para citar um possível exemplo adicional<sup>51</sup>. É nesta perspectiva que se pode, ainda, afirmar a necessidade de um “entricheiramento” dos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito à salvaguarda de seu conteúdo essencial<sup>52</sup>, o que dialoga com a noção de que tanto os direitos sociais quanto os demais direitos fundamentais encontram-se sujeitos a um regime de tutela contra sua supressão ou restrição excessiva e injustificada.

Sem que se pretenda neste estudo explorar todas as possíveis facetas de cada uma destas manifestações da dimensão ou função negativa, percebe-se, desde logo, que mesmo como direito de defesa (negativo) há todo um complexo de situações a ser levado em conta, que não podem ser pura e simplesmente equiparadas. De outra parte, resulta evidente que a dimensão negativa (com as posições jurídico-fundamentais que lhe são inerentes) atua visivelmente como indispensável meio de tutela da própria dimensão positiva, pois de nada adiantará assegurar (positivamente) o acesso a uma moradia digna, se esta moradia não estiver protegida (negativamente) contra ações do Estado e de terceiros.

Importa frisar, nesta quadra, que justamente aos direitos fundamentais considerados na sua dimensão negativa, não se costuma refutar sua direta aplicabilidade e o correspondente reconhecimento de posições subjetivas, o que, como bem se sabe, não é exatamente incontroverso quando se trata da dimensão positiva. Tendo por objeto ações negativas (exigindo o respeito e a não-ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental) não se verifica, em regra, a dependência direta e integral (vale enfatizar este aspecto!) da realização destes direitos subjetivos negativos de prestações fáticas ou normativas por parte do sujeito passivo, o que, como já frisado, não afasta a dupla dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Com efeito, a posição subjetiva (direito subjetivo) negativa tem por objeto imediato a resistência a uma intervenção, por tanto, uma exigência de não-

---

<sup>51</sup> A respeito da proibição de retrocesso v. especialmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 442 e ss., assim como a recente monografia de DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. No âmbito da doutrina estrangeira, v., por último a coletânea de COURTIS, Christian (Compilador), *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Matéria de Derechos Sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, com contribuições de vários autores sobre as experiências de diversos Países e também a aplicação da proibição de retrocesso na esfera internacional.

<sup>52</sup> Neste sentido, v. AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300 e ss.

intervenção, ao passo que o direito subjetivo positivo tem por objeto direto uma exigência de atuação, de prestação fática ou normativa.

Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise, há que acrescentar) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”<sup>53</sup> Ainda que a dimensão negativa dos direitos fundamentais não exclua a existência de conceitos mais ou menos indeterminados – como é o caso justamente do direito à moradia - nada impede (ainda mais em se levando a sério o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) que tais conceitos não possam ter seu conteúdo definido pela via da intervenção judicial, quando for o caso, não podendo sua aplicação ser pura e simplesmente colocada na dependência de uma intermediação pelo legislador.

Que todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) desencadeiam efeitos diretos e que não podem estar condicionados à prévia regulação legal, pelo menos no sentido de que geram para seu titular um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de situações prontamente desfrutáveis e que são, em primeira linha, dependentes apenas de uma abstenção por parte do sujeito passivo, também entre nós já tem sido sustentado há muito<sup>54</sup>. Sintetizando, podemos afirmar que, especialmente em se tratando de direitos de defesa (posições subjetivas negativas), a lei não se revela indispensável à fruição do direito, já que, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, correspondem àquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís Roberto Barroso), uma abstenção por parte do

---

<sup>53</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 256-257.

<sup>54</sup> É o que, de há muito, advoga BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

destinatário da norma<sup>55</sup>. Por outro lado, importa lembrar que além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante já demonstrado, pode manifestar-se de formas diferenciadas), as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, efeitos que, de resto, são comuns a todas as normas de direitos fundamentais<sup>56</sup>.

Que com o exposto não estamos a recusar uma eficácia plena e aplicabilidade direta aos direitos fundamentais na sua dimensão positiva (de direitos subjetivos a prestações) é bom fique registrado e apenas não será objeto de desenvolvimento em virtude do enfoque do presente trabalho<sup>57</sup>. Por outro lado, dizer que o direito à moradia (em outras palavras, o conjunto de posições jurídicas que lhe são inerentes) é, no plano normativo, diretamente aplicável, não significa dizer, a exemplo dos demais direitos fundamentais, que o direito à moradia possa ser considerado (mesmo na sua dimensão negativa) como sendo um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições<sup>58</sup>. Assim, apenas para mencionar um entre tantos exemplos que poderiam ser referidos, a desocupação de área de proteção ambiental, estribada, portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar à desocupação e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário, de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas

---

<sup>55</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social". *Revista de Direito Público* 57/58: 242, 1981.

<sup>56</sup> É neste contexto, entre outros aspectos que poderiam ser citados, que a doutrina e jurisprudência germânicas passaram a reconhecer uma assim designada (e a terminologia não restou imune a críticas) eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerados também como elementos integrantes de uma ordem de valores objetiva, sobre o restante do ordenamento jurídico. Para uma compreensão da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, v. dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 133 e ss. Entre nós, v., a respeito da dimensão objetiva e seus desdobramentos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 167 e ss., bem como BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152 e ss., SARMENTO, Daniel. "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria", in: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102, e, mais recentemente, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116 e ss.

<sup>57</sup> Sobre o problema da eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais em geral, mas explorando com detalhes a questão dos direitos a prestações como direitos subjetivos, remetemos ao nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 268 e ss.

<sup>58</sup> Com efeito, o fato de estarmos diante de normas de eficácia plena, capazes de gerarem todos os seus efeitos, inclusive na esfera subjetiva, não afasta a potencial restringibilidade destes efeitos, notadamente no que diz com o exercício dos direitos subjetivos, de tal sorte que a possibilidade de sofrer restrições não se constitui, em absoluto, um "privilégio" das assim denominadas normas de eficácia contida, consagradas no direito pátrio pela obra de José Afonso da Silva.

medidas, já que haverá de se assegurar uma realocação das pessoas e um acesso a uma moradia digna. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle impõem aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados<sup>59</sup>.

Nas relações entre particulares, onde o direito à moradia, notadamente (mas não exclusivamente) na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e aplicabilidade, igualmente são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, como pode ocorrer precisamente numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino. Justamente nesta perspectiva (embora a ressalva de que se trata também e mesmo em primeira linha de uma hipótese de vinculação do Estado) se enquadra, por exemplo, a discussão em torno da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia para o devedor e/ou sua família, que constitui justamente o tópico principal a ser enfrentado no próximo e último segmento.

### **5. A atuação do Poder Judiciário analisada à luz de alguns exemplos, com destaque para o problema da possibilidade (ou não) de penhora do imóvel residencial do fiador**

A despeito da evolução jurisprudencial precedente, que, especialmente a partir da inclusão do direito à moradia no artigo 6º da Constituição, passou a tutelar cada vez mais a moradia na condição de bem fundamental, notadamente nas hipóteses em que estava em causa a proteção da propriedade imobiliária utilizada para fins de moradia contra uma penhora (seja ampliando o âmbito de proteção do assim chamado bem de família, seja por aplicação direta do direito à moradia, hipótese, todavia, menos comum), o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relator Min. Cezar Peluso), acabou por considerar constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8009/90, na versão que lhe deu a

---

<sup>59</sup> Cf. aponta CRAVEN, Matthew, *op. cit.*, p. 335 e seguintes, consignando que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado arbitrariamente da moradia

Lei Federal nº 8.245/91). Considerando que a penhora do imóvel residencial constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (pois se cuida de uma afetação do bem constitucionalmente tutelado e, portanto, de uma restrição e não mera regulamentação) coloca-se a questão do acerto da posição atualmente vencedora no Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz com a penhora do imóvel residencial do fiador, inclusive pela sua relevância em relação às demais exceções estabelecidas pela legislação e que têm sido objeto de maior ou menor dissídio doutrinário e jurisprudencial.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão sobre a penhora do imóvel do fiador, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto no voto do relator, Ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos. Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões podem ser facilmente ratificadas. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que “compõe o espaço existencial da pessoa humana”, o relator, igualmente com acerto, averbou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”. Mais adiante, na esteira da doutrina e dos parâmetros normativos já apresentados neste texto, destaca o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e neste passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode, “sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por 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”. Na seqüência, ao afirmar que a *ratio legis* da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o Ministro relator lança sua conclusão, no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação há de prevalecer em face do dano menor resultante para os

fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança. Para finalizar, averba o relator que “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia 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 moradia”.

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o Ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência”. Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evoca simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício. Mais adiante, já no embate direto com o Ministro-Relator, refuta o caráter programático das normas constitucionais, afirmando o seu efeito vinculante, bem como afastando o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações, já que políticas públicas deverão assegurar este mercado de modo apropriado.

Muito embora não se possa imputar ao Ministro-Relator ter outorgado ao direito à moradia a condição de norma programática e a despeito de ter aquele esclarecido que a intenção é justamente proteger os que não são proprietários, já que estes constituem uma minoria no Brasil, seguem em aberto algumas questões vinculadas à argumentação do Ministro Eros Grau e que merecem reflexão mais detida.

A primeira diz respeito ao fato de que em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para aquele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas. A

dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido. Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais<sup>60</sup>.

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a esta perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Ministro-Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade as coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na

---

<sup>60</sup> A respeito desta dupla perspectiva (proibição de excessos e de proteção insuficiente ou deficiente) v., entre nós, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminas* n° 47, março-abril de 2004, p. 60-122, assim como STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n° 2 (2004), p. 243 e ss. Mais recentemente, v. ROTHENBURG, Walter Claudius, “Princípio da Proporcionalidade”, in: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org), *Princípios Processuais Civis na Constituição*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283 e ss. Em perspectiva crítica, confira-se DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 127 e ss.; Dentre a literatura estrangeira, notadamente no que diz com a aplicação da proibição de insuficiência e dos imperativos de tutela no âmbito do Direito Privado, v. o pioneiro e paradigmático CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. De Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto, Coimbra: Almedina, 2003, tradução da edição alemã de 1999, onde o autor retoma e desenvolve seus estudos sobre o tema.

sua dimensão meramente patrimonial. O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total desnecessidade da utilização de garantias reais<sup>61</sup>. A não-utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob este viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de considerar, nas circunstâncias do caso, que a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade. De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato. Sem que se vá aqui avançar mais neste exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente este em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo cancelando a incapacidade civil do fiador!) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais. A própria alienação voluntária

---

<sup>61</sup> V. também as referências de AINA, Eliane Maria Barreiros, *O Fiador e o Direito à Moradia...*, op. cit., p. 127 e ss., embora a necessidade de maior desenvolvimento do assunto.

da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, se resto, no mínimo parcialmente equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação de fiança<sup>62</sup>, tal como afirmou o Ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do Ministro Carlos Britto, que justamente invocou a indisponibilidade do direito à moradia. Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do Relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial<sup>63</sup>.

Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>64</sup>, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia “espontaneamente” afiançado um contrato de mútuo bancário do pai não nos parece impertinente. De outra parte, resulta evidente que a invocação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como fundamento para impedir a penhora do imóvel residencial deve ser aferida cuidadosamente à luz das circunstâncias do caso concreto, evitando-se uma utilização meramente retórica do argumento da dignidade e afastando-se a sua banalização, inclusive para que se evite uma equiparação entre a tutela da

---

<sup>62</sup> No mínimo, há que levar em conta que a venda do patrimônio resulta em benefício patrimonial para próprio vendedor (alienante) e que tal situação não pode ser pura e simplesmente equiparada à dação em garantia que poderá resultar na expropriação do imóvel!

<sup>63</sup> A respeito do tópico v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p.115 e ss. Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, v. especialmente NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade, v., dentre outros, MOTA PINTO, Paulo, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84. Entre nós, v., por exemplo, MELLO, Cláudio Ari. “Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.92 e ss.

<sup>64</sup> Cf. BVerfGE vol. 89, p. 214 e ss., onde prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

propriedade na sua dimensão eminentemente patrimonial e na sua dimensão existencial<sup>65</sup>.

Mesmo que seja, para efeitos de argumentação, possível aceitar o argumento de que, em princípio, houve livre (e informada?!) concordância com a disposição do imóvel residencial dado em garantia, também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém sempre reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade, o que não significa que este (ainda que não comprovada uma violação do direito à moradia) não possa merecer tutela jusfundamental autônoma, a depender da hipótese. O que importa nesta quadra é que não tendo sido efetuada uma avaliação mais detida do caso (para discutir os limites da renúncia) e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade e, portanto, também em prol da impenhorabilidade, no sentido de uma vedação *prima facie* da penhora.

Às ponderações tecidas, soma-se o argumento - também ventilado na decisão do STF (especialmente no voto do Ministro Celso de Mello) ora comentada - de que a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador o coloca numa situação de desvantagem em face do devedor principal (locatário), pois este, caso titular de um bem de família, não poderia ter seu imóvel penhorado, visto que não abrangido pelas exceções à regra geral da impenhorabilidade estabelecida pela Lei n° 8.009/90, de tal sorte que verificada também uma ofensa ao princípio isonômico, tal como, aliás, já vinha sendo sustentado por alguma jurisprudência e doutrina<sup>66</sup>. Neste sentido, aliás, já se havia posicionado o Ministro Carlos Velloso, relator de decisão anterior contrária à penhora,<sup>67</sup> cuidando-se, portanto, de mais um aspecto a ser cuidadosamente ponderado. Com efeito, embora as hipóteses não sejam idênticas (devedor e fiador), um tratamento distinto, ainda mais levando em conta as conseqüências da penhora, reclama justificação

---

<sup>65</sup> Neste sentido, referindo-se precisamente ao caso da penhora do imóvel residencial, as ponderações de ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, "Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002", in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106 e ss.

<sup>66</sup> Neste sentido v. AINA, Eliane *O Fiador e o Direito à Moradia...*, op. cit., p. 126.

<sup>67</sup> V. RE n° 352.940-SP.

racional e razoável. Por outro lado, mesmo que se possa partir da premissa de que não sendo idênticas as hipóteses, legítima, em princípio, a distinção no tratamento (é possível, por exemplo, alegar que o fiador, ciente da exceção legal, livremente deu o imóvel em garantia) a superação do argumento fundado na violação do princípio da isonomia não afasta a necessária discussão em torno da violação direta e autônoma do direito à moradia do fiador ou mesmo da violação de sua dignidade da pessoa humana.

Ainda no que diz com a legitimidade da penhora do único imóvel residencial, embora as razões não sejam exatamente idênticas, visto haver outras variáveis a ponderar, assume relevo a discussão em torno da legitimidade constitucional das demais exceções previstas no artigo 3º (incisos I a VI) da Lei nº 8009/90. Como bem apontou o Ministro Gilmar Mendes, “cada uma dessas exceções contém uma valoração, uma ponderação realizada pelo legislador”, colocando-se a questão se em relação à opção legislativa efetuada em cada uma das hipóteses podem ser aplicadas as ponderações ora tecidas no que diz com a penhora do imóvel do fiador. Embora não seja o nosso intento adentrar a discussão de cada um dos casos, certo é que não se poderá, em face do demonstrado conteúdo existencial da propriedade sujeita à constrição e alienação forçada, pura e simplesmente chancelar uma presunção absoluta em favor da legitimidade constitucional da opção legislativa, já que esta – notadamente quando resultar em restrição de direito fundamental - há de ser testada à luz de cada hipótese e das circunstâncias do caso ao qual se refere.

Registre-se, nesta quadra, que a blindagem (absoluta ou relativa) contra uma penhora ou outra forma de constrição que resulte em expropriação do imóvel residencial constitui apenas uma das modalidades de tutela da moradia, no caso, da propriedade que serve à moradia. Com efeito, ainda que se possa admitir – em alguns casos e bem sopesadas as circunstâncias - a legitimidade da penhora e da conseqüente alienação forçada, isto não significa que não se deva ainda assim lançar mão de outra forma de proteção da moradia, por exemplo, suspendendo-se a execução até que tenha sido assegurada a colocação do devedor (ou fiador) em outro local, compatível com as exigências mínimas estabelecidas pelos parâmetros internacionais acima referidos. Não se deve olvidar que propriedade e moradia não se confundem necessariamente e que também a moradia fundada em posse aparentemente obtida sem justo título (e aqui não se poderá discutir o que significa justo título) pode resultar em posições jusfundamentais que exigem tutela e promoção. Que tal linha de raciocínio se aplica

também a outras hipóteses em que esteja em causa a tutela da moradia, resulta evidente e não poderia pura e simplesmente ser desconsiderado.

Justamente nesta perspectiva assume relevo a discussão da proteção da moradia (mesmo que não vinculada a um título de propriedade) contra despejos e desapossamentos arbitrários, igualmente objeto de acirrado debate doutrinário e jurisprudencial, além dos inúmeros projetos legislativos versando sobre o tema. Aqui se verifica que está em causa uma confluência da dimensão positiva e da dimensão negativa do direito à moradia, visto que é em primeira linha o Estado o principal responsável (no âmbito dos seus deveres de tutela) de editar um conjunto de atos normativos e outras medidas eficientes e que possam resultar em efetiva proteção da moradia, tanto contra ingerências por parte do próprio Estado, quanto por parte de particulares. Assim, para ilustrar algumas questões polêmicas e relevantes nesta seara, seguem alguns exemplos, que, embora não possam ser individualmente discutidos de modo pormenorizado, somam-se às considerações precedentes.

Na esfera jurisprudencial, vale colacionar decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do TJRS na Apelação Cível nº 7000757571813, relatada pelo Des. Roque Volkweiss (27.09.2006), no bojo de demanda onde, embora reconhecida a irregularidade da edificação promovida pelo requerido em ação demolitória, a execução da demolição (que foi reconhecida como necessária) somente poderia ocorrer se o Município, na condição de autor da demanda, garantisse às famílias ali residentes a colocação em outro local, assegurando-lhes moradia digna na mesma localidade. Dentre os argumentos manejados pelos julgadores, assume relevo a alegação de que houve também uma violação dos requisitos da proporcionalidade, notadamente por afetação do núcleo essencial do direito à moradia, especialmente em função de sua vinculação com a própria dignidade da pessoa humana. Embora não isolada, tal decisão certamente não corresponde à prática majoritária, mas guarda sintonia com os objetivos estipulados pela agenda internacional dos direitos humanos na seara da moradia, que reclama um determinado nível de segurança na posse e o acesso a meios alternativos de assegurar uma moradia digna, preocupação também presente em diversas propostas legislativas em trâmite atualmente no Brasil e que constitui elemento nuclear do direito à moradia como direito fundamental.

Seguindo com a referência a alguns exemplos extraídos da jurisprudência, constata-se a existência tanto de avanços quanto de retrocessos. Assim, se é correta a exigência da prova segura de que o imóvel efetivamente serve de moradia

à entidade familiar, não bastando a mera alegação como matéria de defesa<sup>68</sup>, é de se refutar o entendimento de que, uma vez confessado o inadimplemento dos locativos, pobreza e direito à moradia não são argumentos idôneos a justificarem uma modificação da sentença de procedência de ação de despejo<sup>69</sup>. Com efeito, neste último caso, embora se possa até admitir a procedência da ação, a depender das circunstâncias (embora não se possa concordar com a ausência de idoneidade dos argumentos fundados na pobreza e no direito à moradia), no mínimo deveria haver uma preocupação com a execução da sentença e a eventual garantia de uma moradia alternativa para a pessoa ou família despejada, tal como ocorreu no exemplo mencionado acima. Igualmente desconsiderando as exigências de tutela vinculadas ao direito à moradia como direito fundamental e, o que é ainda mais preocupante, afirmando a sua dimensão eminentemente programática, registram-se decisões que, além de atribuir às exceções legais à regra da impenhorabilidade do bem de família natureza processual (sob o argumento de que apenas se aplica em demanda judicial), considerando-as aplicáveis aos contratos de locação prorrogados por prazo indeterminado, sustentam que mesmo a previsão constitucional expressa do direito à moradia não enseja o afastamento da previsão legal<sup>70</sup>.

Que a atribuição de caráter meramente programático ao direito à moradia, refutando até mesmo uma eficácia negativa da norma constitucional, representa um flagrante retrocesso em relação ao entendimento atualmente majoritário de que qualquer norma constitucional (mesmo quanto de cunho programático) é apta a gerar efeitos diretamente aplicáveis, dentre os quais o efeito negativo de impedir atos que lhe sejam manifestamente contrários. Aliás, convém frisar que nem o Supremo Tribunal Federal (do que dá conta o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso), mesmo chancelando a legitimidade constitucional da penhora, o fez invocando o caráter

---

<sup>68</sup> Cf., por exemplo, a decisão prolatada na apelação cível n° 70012124871, julgada pela nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (24.08.2005), relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi.

<sup>69</sup> Neste sentido v. decisão na apelação cível n° 70005724158, julgada pela segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (18.03.2003), relatada pela Juíza Cláudia Maria Hardt.

<sup>70</sup> Este o caso, por exemplo, da decisão na Apelação Cível n° 70017188434, julgada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (14.02.2007), relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos, onde, de resto, houve adesão à orientação do Supremo Tribunal Federal, no que diz com a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador. Da mesma Câmara Cível, aliás, colaciona-se outra decisão que, além de afirmar o caráter programático do direito à moradia, nega-lhe a condição de direito individual (direito subjetivo), afastando inclusive a sua condição de direito subjetivo negativo, como se a moradia não correspondesse a uma necessidade concreta da pessoa individualmente considerada e a dignidade da pessoa humana não implicasse em direitos subjetivos individuais (v. Apelação Cível n° 70017624842, julgada em 14.02.2007, igualmente relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos).

programático do direito à moradia, visto que a sua condição de direito fundamental e direito subjetivo foi sempre ressalvada, e a decisão, como já demonstrado, não se pautou por esta linha argumentativa, mas em função especialmente da necessidade (já questionada) de tutela da moradia em um contexto mais amplo e da livre disposição do imóvel por parte do fiador.

## 6. Considerações finais

Por mais que se possa avançar na discussão e avaliar outros argumentos, tenham sido, ou não, ventilados na decisão do Supremo Tribunal Federal e demais decisões referidas e comentadas, já é possível perceber o quanto uma solução constitucionalmente adequada em termos de tutela do direito à moradia, não só, mas especialmente nos casos de penhora do imóvel residencial do devedor ou fiador, reclama maior investimento argumentativo. Da mesma forma, verifica-se que se está apenas diante de mais uma dentre tantas questões decididas pelos Tribunais Superiores onde resta escancarado o quão falaciosa (ou, pelo menos, artificial) é a distinção entre matéria de fato e matéria de Direito. Além disso, a desconsideração de importantes dimensões do caso concreto aponta para a possibilidade de equívocos significativos no processo decisório e, o que é pior, de um resultado que pode implicar flagrante violação de princípios fundamentais e do próprio núcleo essencial de direito fundamental, somente evitáveis mediante uma exegese simultaneamente tópica e sistemática, como necessariamente há de ser toda a interpretação<sup>71</sup>.

A situação, todavia, acaba sendo ainda mais grave se à decisão do Supremo Tribunal Federal em favor da legitimidade constitucional da penhora do único imóvel residencial for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mormente se impeditiva pelo menos de uma divergência justificável à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da legitimidade constitucional do efeito vinculante em decisões que sequer respeitam a maioria qualificada de votos exigida para a edição de uma súmula vinculante, sob o controverso pretexto de uma mutação constitucional, pelo menos naquilo em que se cuida de desconsiderar por completo o papel do Senado Federal no âmbito do controle de

---

<sup>71</sup> Sobre o tema v. FREITAS, Juarez, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª d., São Paulo: Malheiros, 2004, bem como de PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

constitucionalidade<sup>72</sup>. Tão fundado é o receio, que já se verifica uma tendência, mesmo por parte de órgãos judicantes que antes consideravam inconstitucional a exceção legal permissiva da penhora, de, sem qualquer reflexão adicional (sequer para justificar minimamente as razões da alteração de seu convencimento e mesmo sem qualquer olhar para as circunstâncias do caso concreto) pura e simplesmente alterarem o seu posicionamento, afinando-o com a orientação ora imprimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Importa enfatizar, nesta quadra, que não se trata aqui de fazer coro com os que pregam uma espécie de resistência teimosa e irrefletida às decisões do Supremo Tribunal Federal ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, pois a crítica que aqui se formula também abarca decisões que, igualmente sem maior reflexão e conexão com as circunstâncias do caso concreto (e da dignidade concreta das pessoas às quais dizem respeito os casos!) em várias hipóteses transformaram o discurso legítimo em prol do direito à moradia em instrumento de tutela de propriedades de luxo, como se propriedade e moradia fossem direitos idênticos e como se fossem direitos absolutamente blindados a qualquer limite ou restrição.

O que se revela indispensável é o exercício permanente de uma resistência em relação a soluções simplistas e generalizadas, e que a busca da melhor resposta implica avaliação criteriosa não apenas de algumas questões de ordem normativa e formal e não se coaduna com argumentos fixados de modo prévio e absoluto. O que se espera é que o Supremo Tribunal Federal, assim como já o fez em matéria de saúde e até mesmo em relação a possíveis temperamentos do efeito vinculante na hipótese da vedação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, siga de portas abertas, se não para uma reformulação radical do seu entendimento expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite, acabar chancelando situações de extrema injustiça, postura que também se espera seja adotada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pela doutrina e também pelo legislador, na busca de parâmetros

---

<sup>72</sup> Advogando a orientação protagonizada pelo Ministro Gilmar Mendes (especialmente no bojo da Reclamação 4.335/AC), favorável à releitura do papel do Senado Federal e da outorga de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, v. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 376 e ss. Em sentido crítico, v. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional", in: JUSNAVEGANDI, doutrina, direito constitucional, edição nº 1498 (08.08.2007), acesso via [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)

normativos constitucionalmente adequados e afinados com os deveres de proteção dos direitos fundamentais.

Tendo em conta todo o exposto e a despeito das críticas que se pode endereçar, em diversos casos, à jurisprudência dos nossos tribunais, aqui com destaque para o julgado do STF sobre a penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador, parece correto afirmar que, transcorridos vinte anos da promulgação da nossa CF, as questões que envolvem a garantia de uma moradia digna passaram a ser cada vez mais discutidas na doutrina e na jurisprudência, isto sem falar em alguns desenvolvimentos importantes na esfera legislativa, como dá conta, entre outros, o assim designado *Estatuto da Cidade*, que, embora ainda distante de ser concretizado na extensão desejável, igualmente tem sido fator propulsor para um conjunto de medidas da mais diversa natureza e que, no seu conjunto, permitem que se adote uma postura mais otimista em relação ao futuro do direito à moradia no Brasil. De outra parte, não se está aqui a apostar ingenuamente e de forma até mesmo arrogante nas potencialidades do direito constitucional (como se a efetividade do Direito e dos direitos pudesse ser consequência direta e exclusiva da normatividade de textos jurídicos, mesmo em se tratando de uma Constituição) e muito menos numa “solução judiciária” da questão da efetividade dos direitos sociais. A reversão gradual e preferencialmente eficiente da falta de acesso a uma moradia adequada que ainda se manifesta entre nós, depende substancialmente de que não apenas Magistrados e demais atores do cenário judicial, mas também a sociedade organizada e órgãos da Administração Pública e do Poder Legislativo levem a sério tal desafio. Neste particular, parece correto afirmar que estamos hoje em posição mais confortável e especialmente mais crítica e reflexiva do que há vinte anos.

## **7. Referências bibliográficas**

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos e fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. “Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106 e ss.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

----. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

----. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152 e ss.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CATONNI, Marcelo (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COURTIS, Christian (Compilador), *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Matéria de Derechos Sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Direito à Moradia". *Revista de Informação Legislativa*, 127: 49, 1995.

DELPÉRÉE, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". In: BARROS, Sérgio R. & ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 156 e ss.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

----. "Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social". *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina*, 11: 33-46, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

----. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

HÖFLING, Wolfram. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz". In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 109-110.

INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002.

LECKIE, Scott. "The Right to Housing". In: EIDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina & ROSAS, Allan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 109 e 116-120.

- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia". *Revista de Direito Alternativo*, 1993.
- LOUREIRO, João Carlos. "Direito à (Protecção) da Saúde", in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 667 e ss.
- MAUNZ, Theodor & ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 29ª ed. München: C.H. Beck, 1994.
- MAURÍCIO JUNIOR, Alceu, "Direitos Prestacionais, Concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado", in: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). *Arquivos de Direitos Humanos* vol. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4 e ss.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social". *Revista de Direito Público*, 57/58: 242,1981.
- MELLO, Cláudio Ari. "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade", in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.92 e ss.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- . *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MODERNE, Frank. "La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française". In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 1.
- MOTA PINTO, Paulo. "Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português", in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. "*O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*", in: *Revista de Direito Administrativo* nº 219, 2000, p. 237-251.
- NOVAIS, Jorge Reis. "Renúncia a Direitos Fundamentais", in: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335.

- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PAVIA, Marie-Luce. "Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: um Nouveau Principe Constitutionnel". In: CABRILLAC, Rémy, ROCHE-FRISON, Marie-Aenne & REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*, 4ª ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 109-110.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Içaria, 2003.
- PRESTES, Vanêscia Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- RIQUITO, Ana Luísa *et. al.* *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius, "Princípio da Proporcionalidade", in: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283 e ss.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997.
- SACHAR, Rajindar. *The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*. Acessado em: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>, p. 22-23.
- SALTZ, Alexandre. *O Novo Direito Social à Moradia na Constituição de 1988: Significado, Conteúdo, Eficácia e Efetividade*. Trabalho de conclusão (não publicado) da disciplina "Constituição e Direitos Fundamentais", que integra a estrutura curricular do Mestrado em direito da PUC/RS, ministrada pelo autor do presente ensaio.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

----. “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”, in: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-193.

----. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 107-163.

----. “Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado”, in: Revista de Direito do Consumidor n° 61, janeiro-março de 2007, 90-125.

----. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47, março-abril de 2004, p. 60-122.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

----. “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”, in: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102.

SCHREIBER, Anderson, “Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro”, in: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81 e ss.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”, in: BARROSO

----; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINMETZ, Wilson, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

----. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

----. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

----. “Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n° 2 (2004), p. 243 e ss.

----; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional”, in: JUSNAVEGANDI, doutrina, direito constitucional, edição n° 1498 (08.08.2007), acesso via [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br).

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

TEDESCHI, Sebastián. “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216 e ss.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo*, n° 177, 1989, p. 20-49.

----. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. "O Direito à Moradia", in: *Revista de Direito Privado*, abril/junho 2000, p. 9.