V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MARQUES DE MORAES

JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA APLICABILIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

THE HOUSING FUNDAMENTAL RIGHT AND ITS APPLICATION BY SUPREME COURT IN THE HOMESTEAD UNSEIZABILITY CASES

Mariana Cristina Garatini [1]
Erton Evandro De Sousa David [2]

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam o direito fundamental à moradia atrelado a questão da impenhorabilidade do bem de família. Para alcançar os fins almejados será demonstrada a inserção do direito à moradia no ordenamento internacional e no sistema jurídico brasileiro. Direito este atrelado diretamente a dignidade da pessoa humana e, por isso, essencial ao desenvolvimento pessoal e social do homem-cidadão. Por fim, passar-se-á a analise de julgados de referido órgão, para tecer considerações sobre o atual posicionamento adotado.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Direito fundamental, Direito à moradia, Bem de família, Impenhorabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper intends to analyse the supreme court effectiveness in process involving the housing fundamental rights protection tied to the homestead unseizability . To achieve the objectives will be shared the inclusion of housing right in the internacional law as well as in the brasilian legal system. Right that is connected directly to the dignity of human beings and, therefore, essencial to a citizen personal and social development. In the end, will be examined some decisions issued by Supreme Court, with the aim to obtain a conclusion about their position.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of human beings, Fundamental rights, Housing right, Homestead unseizability, Homestead right

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita FIlho"

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita FIlho"

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a inserção do direito à moradia como direito humano no ordenamento internacional, partindo-se da Declaração Universal Dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948 e dos esforços empreendidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) para efetivação deste direito e de seu reconhecimento mundial para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Será analisado, sobretudo, o reconhecimento e inserção do direito à moradia no ordenamento brasileiro, resultante da 6ª Emenda Constitucional de 2000 que o incluiu no rol dos direitos fundamentais, dentro do capítulo pertinente aos direitos sociais; reconhecendo, assim, a sua imprescindível importância para assegurar a dignidade da pessoa humana, posto que o direito à moradia não reporta a mera propriedade de bem imóvel, mas sim, a um ambiente habitável, seguro, digno.

Destaca-se que, a partir da inclusão do direito à moradia como direito constitucional social - direito fundamental orientador do mínimo existencial substancial a uma vida digna, referido dispositivo, juntamente com as demais normas de direitos fundamentais previstas no texto constitucional possuem aplicação imediata e eficácia plena, ou seja, não fica condicionada a elaboração de leis infraconstitucionais, não se tratando, portanto, de norma programática.

Ademais, aliada à sua eficácia imediata e, ainda, por sua importância e relevância no âmbito constitucional social, o Estado tem o dever de proporcionar mecanismos que facilitem o acesso das pessoas à concretização desse direito, por meio da implementação de políticas públicas.

Feita as considerações acima, passa-se a explorar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em demandas envolvendo o direito fundamental á moradia, analisando-se o respeito à norma constitucional e a sua efetivação, bem como se a exame do tema foi feito em plano principal ou secundário. Tais parâmetros serão auferidos por meio de análise jurisprudencial de referido órgão, em casos que envolvam bem de família e a sua impenhorabilidade.

Baseado na breve exposição feita acima, este estudo será fruto de intensa pesquisa, utilizando-se de metodologia voltada, em um primeiro momento, a análise histórica da inserção do direito à moradia como parte de direito humano no âmbito internacional e como direito fundamental no ordenamento brasileiro, ainda utilizar-se-á da metodologia dedutiva, por meio da qual será feita análise do direito em apreço e da legislação ordinária pertinente,

bem como será empregado o método comparativo. Por fim, será utilizado o método de análise de jurisprudências quando do trato junto às decisões do STF.

1.O DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA

1.1.Contextualização dos Direitos Fundamentais

Primeiramente cumpre mencionar que a doutrina faz uma distinção clássica entre direitos humanos e direitos fundamentais, de forma que se entende por *direitos fundamentais* aqueles positivados pelo direito constitucional dos Estados, enquanto que a expressão *direitos humanos* liga-se ao âmbito internacional, integrando o texto dos tratados internacionais e assim, possuindo aplicação universal.

Feita a consideração acima, adentra-se ao tema dos direitos fundamentais, os quais são qualificados como os direitos detentores de três principais qualidades, sendo a perenidade, a relevância e a universalidade. Qualidades essas entendidas no contexto de que como suporte do Direito jamais deixará de existir, enquanto que sua relevância exclui a possibilidade de inserção de direitos secundários ou parciais, advindos de relações particulares ou transeuntes. E, por fim a universalidade diz respeito à aplicação destes direitos a todos os homens sem qualquer tipo de distinção e em qualquer espaço temporal. (NOGUEIRA, 2003, p. 250).

Além das três características supracitadas, os direitos fundamentais ligam-se, ainda, à moral, como acrescenta Gregório Peces-Barba Martínez (2004, p. 31-32) que "[...] e*n los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el Derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles.*"[1], pois a moral e a força ligam-se ao poder oriundo do Estado, já que sem a atuação do ente estatal estes valores morais não são positivados e assim, não terão como orientar a vida da sociedade. Logo, os direitos fundamentais são a legalização da moral.

Portanto, os direitos fundamentais são um conjunto de normas que tem como sustentáculo as ideias de liberdade, a igualdade, a segurança e a solidariedade, entendidas estas como expressão da dignidade humana, constituindo a moral legalizada que legitima a atuação do Estado. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2004, p. 42)

Em adição, os direitos humanos fundamentais possuem relação direita com a "não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional,

[1] Tradução nossa: "[...] nos direitos fundamentais o espírito e a força, a moral e o Direito estão entrelaçados e a separação de qualquer deste o mutila e o faz incompreensível.

infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais [...]". (MORAES, 2000, p. 41)

Logo, o direito à moradia digna, habitável tal como provê a carta da ONU, e será demonstrado por todo o trabalho, esta atrelado ao direito a vida, cujo maior exponencial é a princípio da dignidade da pessoa humana e, assim como este, sua proteção e repercussão mundial são decorrências das conquistas sociais advindas do período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.

1.2. O Direito a Moradia como Direito Fundamental e Social

Segundo o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OHCHR) "Los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y están relacionados entre sí. En otras palabras, la violación del derecho a una vivienda adecuada puede afectar el disfrute de una amplia gama de otros derechos humanos, y viceversa"[2] (OHCHR, 2010, p. 15).

Embasado no texto acima cumpre esclarecer que o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro é também um direito social, e assim, como tantos outros visam possibilitar o alcance pleno da dignidade da pessoa humana.

José Afonso Da Silva (1999, p. 277), defende que "[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vidas aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais."

Em complementação estamos diante de direitos que correspondem a ações positivas não apenas por parte do Estado, mas de toda a sociedade, assim correspondem a intervenções do governo na esfera privada, mas que se mostram toleráveis, desde que adequadas, imprescindíveis e aptas à solução e concretização dos direitos a que se destinam (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 710).

1.3.O Direito a Moradia no Âmbito Internacional

[2] Tradução nossa: Os direitos humanos são independentes e indivisíveis e estão relacionados entre si. Em outras palavras, a violação do direito a uma moradia adequada pode afetar o desfrute de grande leque de outros direitos humanos e vice-versa.

Feitas as considerações acima, passa a análise da inserção deste instituto no âmbito do direito internacional. Por exórdio, a Organização das Nações Unidas preconiza que o direito a uma moradia adequada é de responsabilidade de todos os Estados que já tenham ratificado ao menos um tratado internacional referente a moradia adequada e que se comprometeram a proteger este direito, por diversos meios (OHCHR, 2010).[3]

Para compreensão da importância dada à proteção do direito à moradia, será abordada sua inserção como direito fundamental, além de se clarificar em que momento referida inclusão de fez possível.

Como direito fundamental, a moradia esta elencada na categoria de direitos indisponíveis de todo e qualquer cidadão dentro da política do Estado Democrático de Direito, forma política que se tornou possível e aplicável a partir da constitucionalização do direito ocorrida no século XX.

Essa constitucionalização resultou na inserção de direitos de cunho social nas constituições federais de diversos países. Há que se ressaltar que a legitimação desses direitos são reflexos do princípio primeiro e expoente máximo da proteção do homem, qual seja, a dignidade da pessoa humana, valor axiológico dos demais direitos fundamentais, sendo que sua codificação liga-se a reação mundial ante as atrocidades, genocídios ocorridos principalmente nos campos de concentração e na Segunda Guerra Mundial.

Nesse diapasão o direito a moradia é "um desdobramento da função social da propriedade e um patamar civilizatório mínimo indispensável a uma vida humana digna". (RANGEL; SILVA, 2009, p. 62)

Partindo-se da contextualização acima, a grande conquista para o direito à moradia no cenário internacional foi a sua inserção no rol dos direito humanos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Tal fato possibilitou o resguardo de uma nova gama de direitos, denominados de sociais, os quais se voltam à valorização da vida. Vale neste ponto destacar o artigo 25 do documento em comento*:*

> Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (grifo nosso)

[3] Folletos informativos sobre los derechos humanos (Folhetos Informativos sobre Direitos Humanos). El derecho a uma vivenda adecuada. Organização das Nações Unidas: Genebra. 2010.

Veja-se que o termo empregado no artigo é habitação, ressalta-se que tal termo não é tão abrangente quanto o conceito de moradia, mas de uma forma pragmática, possuem significado aproximado, remetendo ao objetivo almejado.

Ademais, independentemente do vocábulo utilizado, é de grande importância elucidar que diversos outros tratados e declarações internacionais trazem em seu bojo o reconhecimento do direito à moradia, merecendo destaque, a saber: Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951; Convênio 117, de 1962, da Organização Internacional do Trabalho sobre política social (normas e objetivos básicos); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; Convênio 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribos; Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores imigrantes e de seus familiares, de 1990; Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2006. (OHCHR, 2010, p. 18-19)

Importante notar que o termo *moradia* foi utilizado pela primeira vez no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, no ano de 1966 e foi ratificado pelo Brasil em 1992. (SOUZA, 2008, p. 63) No entanto, como anteriormente dito mesmo que com outras denominações a proteção à moradia já se inseria no âmbito internacional de defesa dos direitos humanos, como demonstrado nos diversos tratados e pactos internacionais acima.

Cabe neste ponto elucidar o conceito que a Organização das Nações Unidas atribui à moradia adequada, devendo atender algumas diretrizes, dentre elas:

> Segurança da posse: Todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas. As formas de se garantir essa segurança da posse são diversas e variam de acordo com o sistema jurídico e a cultura de cada país, região, cidade ou povo;
>
> Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos: A moradia deve ser conectada às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; em suas proximidades deve haver escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer e devem estar disponíveis serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, entre outros.
>
> Custo acessível: O custo para a aquisição ou aluguel da moradia deve ser acessível, de modo que não comprometa o orçamento familiar e permita também o atendimento de outros direitos humanos, como o direito à

> alimentação, ao lazer etc. Da mesma forma, gastos com a manutenção da casa, como as despesas com luz, água e gás, também não podem ser muito onerosos.
>
> Habitabilidade: A moradia adequada tem que apresentar boas condições de proteção contra frio, calor, chuva, vento, umidade e, também, contra ameaças de incêndio, desmoronamento, inundação e qualquer outro fator que ponha em risco a saúde e a vida das pessoas. Além disso, o tamanho da moradia e a quantidade de cômodos (quartos e banheiros, principalmente) devem ser condizentes com o número de moradores. Espaços adequados para lavar roupas, armazenar e cozinhar alimentos também são importantes.
>
> Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis: A moradia adequada deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, pessoas com HIV, vítimas de desastres naturais etc. As leis e políticas habitacionais devem priorizar o atendimento a esses grupos e levar em consideração suas necessidades especiais. Além disso, para realizar o direito à moradia adequada é fundamental que o direito a não discriminação seja garantido e respeitado.
>
> Localização adequada: Para ser adequada, a moradia deve estar em local que ofereça oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social. Ou seja, nas proximidades do local da moradia deve haver oferta de empregos e fontes de renda, meios de sobrevivência, rede de transporte público, supermercados, farmácias, correios, e outras fontes de abastecimento básicas. A localização da moradia também deve permitir o acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado.
>
> Adequação cultural: A forma de construir a moradia e os materiais utilizados na construção devem expressar tanto a identidade quanto a diversidade cultural dos moradores e moradoras. Reformas e modernizações devem também respeitar as dimensões culturais da habitação. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS)

Portanto, nota-se que o conceito mundial de moradia liga-se estritamente ao direito de residir em um local habitável, digna, adequada, acessível e seguro, sendo muito mais abrangente e, por dizer social, que a mera propriedade de um bem imóvel.

2.O DIREITO A MORADIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Com fulcro nas considerações acima, no que concerne ao Direito à moradia, há que se clarificar que os tratados internacionais de direitos humanos, conforme a Constituição Federal (CF), no seu art. 5°, §§ 1° e 2° são elevados à categoria de norma de natureza constitucional, cuja aplicação é imediata. Ainda, a interpretação do artigo 4°, II da nossa Carta Magna leva a conclusão de que o desrespeito ao direito à moradia como consta dos tratados internacionais assumidos e do texto Maior, é desrespeito da função do Estado perante a sociedade e perante aos órgãos internacionais.

Pautado nesse ideal, passa-se a análise a inserção deste instituto no ordenamento brasileiro.

Em um sentido genérico pode-se dizer que a atenção para a necessidade de proteção a moradia, surge no Brasil no século XX como reflexo da rápida e desordenada industrialização, repercutindo no êxodo rural e transformando o país em uma área de predominância urbana. No entanto, referido direito *ipse literis* apenas foi incluído na Constituição Federal da República do Brasil por meio da Emenda Constitucional (EC) 26/2000, tendo o art. 6º passado a seguinte redação:

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

Em complementação ao tema, o art. 23, inciso IX, da CF/88 aduz que "é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico".

Cabe neste ponto um adendo, mesmo que referido direito não estivesse contemplado de forma literal, aqui entendido dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, no texto original da Constituição Social, era possível perceber a proteção à moradia por meio das diretrizes oriundas dos demais princípios fundamentais já constantes no texto. (RANGEL e SILVA, 2009, p. 64).

Ademais, o art. 7°, IV já previa que os trabalhadores teriam direito a um salário mínimo que lhes atendesse as necessidades básicas, dentre elas a moradia e ainda, há que se acrescentar que a previsão contida na Carta da ONU e anteriormente citada neste trabalho foi assinada pelo Brasil na mesma data (1948).

Percebe-se que como signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem o conceito de moradia a ser adotado pelo sistema brasileiro não se desvinculará das diretrizes da ONU, tanto é verdade que a Emenda Constitucional supre citada provém do resultado do Programa das Nações Unidas para os Assentamos Humanos, especificamente a Agenda Habitat II, que aconteceu em 1996, em Istambul, cujo foco foi moradia adequada dentro do desenvolvimento urbano sustentável (ONU, on-line).

2.1.Direito à Moradia e o Patrimônio Mínimo

O direito à moradia é um dos sustentáculos da dignidade da pessoa humana, "princípio e regra constitucional contemplado na ordem jurídica brasileira como fundamento da República, perpassando, por sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional". (FACHIN; PIANOVSKI, 2014, p.1)

Seguindo a linha acima o principio da dignidade da pessoa humana busca a proteção da pessoa em concreto, como efetivamente sujeito de direito. Logo, a dignidade humana como característica intrínseca a cada e todo ser humano, implica na existência e proteção de uma gama de direitos essenciais, garantidores de uma subsistência mínima. Nesse diapasão, como anteriormente mencionado, desdobram-se os direitos fundamentais e sociais, dentro dos quais habita o direito à moradia.

No campo do direito civil a inserção da dignidade da pessoa humana deu azo a "repersonalização" dos seus institutos, ou seja, os olhares voltam-se a proteção do humano e não a patrimonialização, característica até então imanente da ordem civil. Nessa nova perspectiva de um direito civil social, voltado às proteções constitucionais, surge a teoria do patrimônio mínimo de autoria de Luiz Edson Fachin (2006).

Segundo referida teoria, a primazia do Direito volta-se a valorização da pessoa e não dos bens em si. E esta valorização esta em se atender a dignidade da pessoa, logo, a defesa é pela tutela do asseguramento de um mínimo de patrimônio, que garanta um mínimo existencial ao indivíduo, alcançando sua dignidade:

> A base desta tese está no respeito à pessoa humana, e tal consideração motiva colocar o patrimônio (o e próprio Direito) a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os sabores. (FACHIN, 2006, p. 241-242)

O lastro que se impõem é a "garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorar forçadamente [...]", ou seja, é a realização de uma subsistência

digna, que possibilite o exercício das necessidades básicas da pessoa humana, cujo fim maior é o alcance da dignidade da pessoa humana.

Exemplo expressivo desta teoria é a proteção ao bem de família e a impenhorabilidade que o afeta, pois possibilita a preservação de um mínimo patrimonial apto ao desenvolvimento do homem e o exercício de suas faculdades.

O bem de família tem guarida constitucional, pois inserido no âmbito dos direitos fundamentais por meio da EC 26/2000 que inclui o direito à moradia no rol dos direitos sociais.

Dessa forma, a garantia do patrimônio mínimo é conexa à proteção do direito fundamental à moradia, como mecanismo de proteção deste, já que impede a intromissão do Estado e de terceiros no âmbito deste patrimônio, o qual esta intimamente ligado ao exercício dos interesses do indivíduo correspondentes a vida cotidiana, protegido na seara constitucional e civil (SOUZA, 2009, 44) e assim, a moradia.

Portanto, o direito a uma moradia é tão importante quanto os direitos à vida e à saúde, pois se completam e repercutem diretamente na esfera moral e material dos atores sociais.

Elucida Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 53) que os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração) ou como o autor denomina:

> [...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude de extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Nesse contexto, refrise que o direito à moradia foi alçado ao *status* de direito social pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, expresso no Art. 6º, *caput*, da Constituição Federal e, como tal, deve ser resguardado pelo Estado de forma positiva, mediante a implementação e concretização de políticas públicas visando assegurar que todos tenham uma habitação digna e, de forma negativa, como por meio da proteção ao bem de família e a impossibilidade de sua constrição, de forma a impedir a relativização da dignidade da pessoa humana.

Em adição não se pode olvidar que a proteção à ideia justa de patrimônio mínimo é um dos meios eficazes de concretização da moradia.

3. O DIREITO A MORADIA NA OPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 O papel do Judiciário na efetivação dos Direitos Sociais

A efetivação do direito à moradia a todos somente será possível quando o Estado acolher este direito social como postulado essencial ao atendimento da dignidade da pessoa humana e, assim, considerá-lo como direito irrenunciável.

O objetivo deste trabalho volta-se a análise da aplicação da moradia como direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, em especial nos casos em que se encontra *sub judice* a impenhorabilidade do bem de família, verificando qual o posicionamento deste órgão frente a processos que tragam o tema em questão.

Os acórdãos utilizados foram selecionados no portal do STF, utilizando como referenciais de pesquisa “direito à moradia”, “moradia família”, “penhorabilidade”, tendo por parâmetro o Recurso Extraordinário (RE) 407.688-8/SP e outros sobre questões análogas ou equivalentes.

A análise em questão baseia-se na verificação da aplicação do direito à moradia como direito fundamental e, desta forma, direito impassível de violação.

Assim, quando da implantação de norma infraconstitucional ou qualquer regulamento advindo de autoridade competente que viole, prejudique ou impossibilite o exercício de referido direito deve haver intervenção do Estado, com o intuito de fazer cumprir o direito fundamental à moradia, pois se trata de dever inerente a sua função. (SOUZA, 2009, p.117-118)

Ainda, ressalta-se que o direito á moradia esta atrelado a outros direitos e garantias, a fim de que seja concretizado o ideal da proteção da dignidade humana, como a privacidade, a inviolabilidade de domicílio, a intimidade, o sigilo de correspondência, a impenhorabilidade do bem de família, dentre outros são direitos que se complementam.

3.2. Análise de Julgados

Infortunadamente quando se trata especificamente da análise de julgados envolvendo o direito à moradia a busca por decisões neste sentido não se mostra tão rica quanto esperada; em adição, quando se procuram casos em que há a análise deste instituto na sua essência, ou seja, como direito fundamental, a escassez de julgamentos salta aos olhos.

Após busca no portal do Supremo Tribunal Federal utilizando-se os parâmetros supracitados conclui-se que muitos acórdãos remetem exclusivamente ao julgamento de uma demanda em questão - trata-se do Recurso Extraordinário 407.688-8/SP de relatoria do Ministro Celso Peluso, cujo julgamento data de 8 de fevereiro de 2006.

No referido RE foi objeto de análise o acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (extinto pela Emenda Constitucional 45 de 2004 que instituiu a Reforma do Poder Judiciário).

O acórdão do Tribunal de Alçada Cível negou provimento a um agravo de instrumento que fora interposto contra a decisão do juiz da causa, que indeferiu pedido de liberação do bem de família, que era objeto de constrição em processo de execução – com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do Art. 3.º, VII, da Lei n.º 8.009, de 23 de março de 1990 -, pois o devedor, no caso em concreto, ostentava a condição incontroversa de fiador em contrato de locação:

> EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688 / AC - ACRE**,** Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, Julgado em 08/02/2006, Publicação: DJ 06/10/2006. Ement Vol 02250 pp. 008800).

Assim, ao interpor o Recurso Extraordinário, alegou-se que a exceção à regra da impenhorabilidade não poderia mais existir, diante da consagração do direito social à moradia, incluído pela Emenda Constitucional 26/2000, sendo que a Lei 8.009/1990 dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Para tratar de impenhorabilidade do bem de família, traça-se a seguinte consideração: entende-se por penhora, derivado do *penhorar* (apreender ou tomar judicialmente), no sentido jurídico, significando o *ato judicial*, pelo qual se apreendem ou se tomam os bens do devedor (PLÁCIDO E SILVA, 1993, p. 343). Ou, em outras palavras, o ato por meio do qual o Estado

põe em prática o processo de expropriação do devedor. Seguindo a linha de raciocínio, impenhorabilidade, então, seria é a impossibilidade de apreenderem ou se tomarem os bens do devedor.

Em adição, segundo as lições de Álvaro Villaça Azevedo (apud GONÇALVES, 2011, p.581) "o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade".

A instituição do bem de família, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.557-558) "é uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio".

De forma breve, podemos falar em duas espécies de bem de família no ordenamento jurídico brasileiro:

1-Bem de família voluntário ou convencional (artigos 1.711 a 1.722 do CC)**:** pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição – o limite estabelecido pela legislação visa proteger eventuais credores (art. 1.711 do CC).

2-Bem de família Legal ou Obrigatório (Lei 8009/90): determina a impenhorabilidade do imóvel residencial, independentemente da instituição do bem de família convencional. O bem de família legal é instituído sem uma série de formalidades que o convencional possui, por exemplo, não depende de escritura, de registro, e também não torna o imóvel inalienável.

Em contrapartida, o Art. 1.º da Lei 8.009/90 estipula que:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

No entanto, em que pese a impenhorabilidade ser oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza – há exceções. Os incisos do artigo 3º da referida lei trazem algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família. Para nos atermos ao trabalho proposto, mencionaremos apenas a que possui maior interesse para análise do Recurso Extraordinário supramencionado, qual seja, a hipótese de impenhorabilidade a ser analisada é a prevista no inciso VII, que assim dispõe: "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação". A redação deste dispositivo foi incluída pela Lei 8.245/91.

Clarificando, segundo o disposto acima, o bem de família é impenhorável, no entanto, o fiador em contrato de locação não poderá se valer dessa proteção.

A discussão no Recurso Extraordinário é, então, se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste ou não, após o advento da Emenda Constitucional 26 de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do Art. 6º da CF, incluindo a moradia entre os direitos sociais. Ou seja, se a Constituição Cidadã, a partir de fevereiro de 2000, passou a considerar como direito social, o direito à moradia, dessa forma a questão a ser enfrentada é se não deveria incidir a impenhorabilidade do bem de família, também, ao fiador em contrato de locação.

Entre os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, destacam-se o do relator Cézar Peluso que apesar de reconhecer o direito à moradia como direito social e, ainda, qualificando-o como direito subjetivo, na sua dimensão objetiva exige previsão legal de prestação por parte do Poder Público.

Desta forma, para o referido Ministro não é sólida a alegação de que a penhora do bem de família violaria o disposto no art. 6.º da Constituição da República, que por força da redação introduzida pela EC 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990.

Entre os votos divergentes, destaca-se o proferido pelo Ministro Eros Grau. Sustentou que não se deve entender os direitos sociais como normas programáticas, pois o texto da Constituição Federal possui eficácia normativa vinculante. Além, entendeu que ao Poder Público cabe desenvolver as políticas públicas conforme os preceitos constitucionais estipulam e determinam.

Como já mencionado, o Tribunal Supremo, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, resumidamente pelo motivo de que no caso do fiador do contrato de locação há vários direitos fundamentais em conflito, pois se trata de uma relação entre

particulares, assim, o particular na pessoa do fiador quando da escolha de ser um fiador abriu mão de um direito fundamental em prevalência de outro, o que é permitido na âmbito da eficácia horizontal, assim, a previsão infraconstitucional da exceção da impenhorabilidade do bem de família não se mostra ilegal e sequer afronta o direito fundamental à moradia, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento.

Percebe-se que, no presente Recurso Extraordinário, o direito à moradia foi mencionado como pano de fundo à análise da constitucionalidade de uma disposição infraconstitucional (diante da exceção à impenhorabilidade do bem de família), não sendo analisadas questões como a eficácia imediata e irrenunciável deste direito.

Passa-se neste momento a analise de julgados proferidos sobre temas análogos, que envolvam assim como no acórdão acima, a questão do direito à moradia, em temas que envolvam o bem de família e sua impenhorabilidade.

O primeiro acórdão a ser exposto é do ano de 2010, sendo o RE 608.588/RJ, cuja questão em análise se mostra praticamente idêntica ao do RE 407.688/SP, com a peculiaridade de que as partes levantam a questão de um possível comodato sob a alegação de que inexistência de cobrança periódica e ininterrupta dos aluguéis, dando ensejo a um possível empréstimo gratuito (comodato), questão afastada de pleno pelo relator sob o argumento de não ser dirimível por aquela Corte:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. LEGITIMIDADE. CONSTITUIÇÃO, ART. 6º (REDAÇÃO DADA PELA EC 26/2000). LEI 8.009/90, ART. 3º, VII. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. COMPETÊNCIA DO RELATOR (CPC, ART. 557, CAPUT, E RISTF, ART. 21, § 1º). TRANSFORMAÇÃO DE LOCAÇÃO EM COMODATO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 279 DO STF. I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 407.688/SP, considerou ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ao entendimento de que o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não viola o disposto no art. 6º da CF/88 (redação dada pela EC 26/2000). Precedentes. II - Incumbe ao agravante o dever de impugnar, de forma específica, cada um dos fundamentos da decisão atacada, sob pena de não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 283 do STF. III - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para negar seguimento, por meio de decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando inadmissíveis, intempestivos, sem objeto ou veiculem pretensão

> incompatível com a jurisprudência dominante deste Supremo Tribunal (CPC, art. 557, caput, e RISTF, art. 21, § 1º). IV - A controvérsia referente à transformação da locação em comodato foi dirimida pelo acórdão recorrido com apoio no Código Civil e no conjunto fático-probatório dos autos. Ofensa reflexa à Constituição e Súmula 279 do STF. V - Agravo regimental improvido. (RE 608558 AgR / RJ. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 01/06/2010. Primeira Turma. Publicação DJe 145. Div 05/8/2010. Publ 06/8/2010).

No seu voto, o ministro relator Ricardo Levandowski afirmou que a questão vem sendo confirmada por ambas as Turmas do STF, citando como exemplo o Recurso Extraordinário 493.738-Agr/SP de relatoria da Ministra Carmen Lucia, pertencente à Primeira Turma e, o Agravo de Instrumento 584.436-Agr/RJ, de relatoria do ministro Cezar Peluso, integrante da Segunda Turma.

O embasamento desta decisão não fugiu a das anteriores, até mesmo porque o RE 407.688/SP serviu de embasamento para a questão. Logo, sob a alegação de não haver afronta direta ao texto constitucional, ausência de prequestionamento, bem como ser caso de incidência da súmula 279 do STF, segundo a qual para simples reexame de prova não cabe RE e, o fundamento da constitucionalidade da lei 8099/90, o recurso não foi provido e a questão do direito fundamental à moradia não foi alcançada.

O outro acordão a ser exposto é o proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 947.051 de São Paulo. A discussão em pauta tratava de suposto bem de família colocado a venda pelo *de cujus*, sobre o qual incidiu pedido de adjudicação pela inventariante sobre a alegação de que o bem por ser de família não poderia ter sido vendido, pois o fato configura afronta direita ao direito fundamental de moradia, segue ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. DIREITO À MORADIA. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL QUE HAVIA SIDO COLOCADO À VENDA PELO DE CUJUS E QUE, MAIS TARDE, FOI ADJUDICADO EM FAVOR DA CREDORA, ORA RECORRIDA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (ARE 947051 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 14-04-2016 PUBLIC 15-04-2016)

Nesse caso, não houve a apreciação do agravo da inventariante, ante a justificativa de que seria necessário o reexame de fatos e provas, sendo obstado pela Súmula 279 do STF, bem como sob as alegações de que se faz necessária à análise previa da legislação infraconstitucional afim que fosse constatado que se tratava realmente de bem de família e se a inventariante não teria concordado com a venda na época do negocio jurídico.

Pelas menções acima, nota-se que nos temas observados, apesar de transcorridos 10 (dez) anos entre o primeiro e o último acórdão expostos, não se vislumbra decisão divergente pertinente ao tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ou seja, há inércia do órgão quanto a análise do direito à moradia, adentrando especificamente no mérito como direito fundamental, cuja aplicação é imediata e não pode ser obstada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de que efetividade corresponde ao "caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo, faculdade de produzir um efeito real, capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente" (HOUAISS, 2001, p. 1102); a efetividade da norma jurídica, sobretudo, de um direito social, deve corresponder a identidade entre o *dever ser* (juízo hipotético) e o *ser* (realidade fática). A norma jurídica que por si é exigível, o deve ser sempre; e não fique ao bel prazer das conveniências políticas.

Ressalta-se, o direito social à moradia localiza-se no ápice do sistema jurídico, posto que baseado em postulados inderrogáveis como o princípio da dignidade da pessoa humana (valor central do ordenamento constitucional) e princípio da solidariedade social (objetivo fundamental do Estado Social de Direito).

Desta forma, se cabe ao Estado dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, sobretudo, àquelas à margem das conquistas patrimoniais, é necessário concretizar o respeito ao indivíduo para que possa usufruir de essencial espaço doméstico para viver com sua família (patrimônio mínimo) e desenvolver em plenitude suas funções civis, próprias do cidadão; assegurar o direito à moradia ao ser humano é colocá-lo no vértice do sistema e de todos os fins do Estado.

Em acréscimo, em nível constitucional, enaltece que o artigo 5°, §1° da Constituição Federal que os direitos e garantias constitucionais possuem aplicação imediata, logo o direito à moradia elencado no art. 6° do mesmo diploma, é um direito social, inserido na categoria do

título II, sendo, portanto um direito fundamental. O que remete a conclusão de que sua aplicação é imediata e independe da criação de normas que lhe de substrato, finalmente a conduta omissiva do Estado quanto a referida aplicação deve ser responsabilizada. (SOUZA, 2009, p.134)

Não se desconhece que existe um hiato entre as previsões constitucionais e a realidade social atingida. Tal fato deve ser erradicado da nossa realidade social e jurídica. O fim é a concretização dos direitos sociais, posto serem direitos (normas de eficácia plena) e não carecerem de força jurídica, por isso a designação de serem fundamentais.

Se os poderes Executivo e Legislativo não o fazem, cabe ao Poder Judiciário fazê-lo. Agora, se garantidor da Constituição Federal (o Judiciário) não o faz e simplesmente se "esconde" no enquadramento do direito à moradia como mais uma norma programática, o destinatário final de todo o direito – o ser humano – padece.

Por isso, diante da omissão dos Poderes Constituídos – Executivo e Legislativo – há uma imposição constitucional (dever) ao Judiciário de julgar e garantir, assim, que os direitos sociais e, sobretudo, o direito à moradia – de previsão constitucional – não sejam uma simples recomendação programática ou exortação política, mas que o considere norma de eficácia plena e imediata.

Ao adentrar no tema da impenhorabilidade do bem de família e a excepcionalidade em relação ao fiador, deve-se ter por pressuposto a essencialidade do direito à moradia. Se essencial este direito social, se eficaz e de aplicação imediata, a exceção não deve ser aceita, posto que não constitucional.

Desta forma, a exceção à impenhorabilidade se mostra inconstitucional, ante o embasamento disposto ao longo deste trabalho.

O direito à moradia deve ser garantido pelo Poder Judiciário. É fundamental, para isso, que o Judiciário se desprenda das amarras do liberalismo clássico.

Não há como não concordar com o Ministro da Suprema Corte, Carlos Velloso – RE 352.94004/SP – que, no ano de 2005 – decidiu "o bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: a Lei n.º 8.009/90, art.1.º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental".

Por outra via, argumenta-se que não é isonômico exigir do fiador dever diverso do locatário – qual seja, o bem de família do fiador poderia ser penhorado e o bem de família do locatário não.

Gagliano e Pamplona Filho, (2006, p. 319) afirmam que "À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-

me forçoso concluir que este dispositivo de lei *viola o princípio da isonomia* insculpido no art. 5.º, da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação".

Em um Estado Democrático de Direito, o Estado-Juiz tem a função de impor obrigações de fazer ao Estado-Administração, diante das suas omissões para com a sociedade. Assim agindo, o Poder Judiciário aplica o direito ao caso concreto.

Se o Direito existe para se realizar e concretizar, e ao se reconhecer a aplicação imediata do direito social à moradia, como direito fundamental, não se pode aceitar a decisão do STF no RE 407688 e, também, nos Recursos Extraordinários mencionados em sequência, pois tais decisões mostram um retrocesso à constitucionalização do direito ou especificamente a proteção dos direitos tidos por fundamentais.

Observa-se que no julgamento do RE 407688 três Ministros divergiram – Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello – destacando a importância que a Constituição Federal oferece ao amparo da família e à sua moradia e, sobretudo, que essa proteção consta do artigo 6.º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia é considerado um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Embasados nas disposições acima, a posição do STF não se mostra hábil a atender os tratados e convenções internacionais dos quais é parte signatária, tampouco, atende ao valor supremo da dignidade da pessoa humana e a suas próprias disposições constitucionais. Não se pode admitir, que em pleno século XXI direitos constitucionais fundamentais sejam tratados com meras expectativas de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**.** Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 maio 2016.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico.**. Editora Forense: Rio de Janeiro. 3 v. 1993.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Organização das Nações Unidas. 1948. Disponível em https://nacoesunidas.org/. Acesso em: 21 maio 2016

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Anima Revista Eletrônica**. Curitiba: 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: **Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva. 1 v. 2006.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2000.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito Constitucional das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **El Derecho a uma vivienda adecuada**. Folleto Informativo n. 21. Genebra. 2010. Disponível em http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx. Acesso em: 21 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resultados sobre los asentamientos humanos. Disponível em: http://www.un.org/es/development/devagenda/habitat.shtml. Acesso em: 25 maio 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. 5 v.

RANGEL, Heleno Marcio Vieira e SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Veredas do Direito. n. 12. p. 57-78. Julho-Dezembro de 2009. 6 v. Disponível em: *domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/77/132.* Acesso em: 11 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp. Acesso em: 21 maio 2016.