

UMA ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO: DIREITO SOCIAL À MORADIA

*Rodrigo Lucas C. Santos**
*Hertha Urquiza Baracho***

Resumo: O artigo tem como objetivo fazer uma análise do voto do Ministro Cezar Peluso, que, em Recurso Extraordinário, decidiu que a penhora do bem de família do fiador foi recepcionada pela Constituição brasileira. É posto o voto e a discussão do Pleno, para depois trabalhar o assunto, relacionando-o ao direito social à moradia. Algumas questões constitucionais estão presentes no texto, como as normas programáticas e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

Palavras-chave: Bem de família. Direitos sociais. Dignidade humana.

Abstract: The article aims to analyze the vote of Minister Cezar Peluso, who, in an Extraordinary Appeal, ruled that the lien of a family asset to guarantor was welcomed by Brazilian Constitution. This text presents this vote and the discussion of the Plenary, and then, works these in relation to the social right to housing. Some constitutional issues are present in the text, such as the programmatic rules and the application of fundamental rights in private relations.

Keywords: A family asset. Social rights. Human dignity.

* Graduando e aluno pesquisador do UNIPÊ

** Doutora em Direito do Estado (Área de concentração Direito Constitucional) pela PUC/SP. Mestre em Direito do Estado (Área de concentração Direito Constitucional) pela PUC/SP. Professora Aposentada do CCJ/UFPB e professora do Unipê.

1 Anotações preliminares

O direito tem um papel regulador nas relações sociais, devendo, fundamentalmente, proteger as pessoas e as relações entre elas. Neste contexto, a família, como célula *mater* da sociedade, merece atenção por parte do Estado, uma vez que uma verdadeira democracia somente se constrói estruturada em torno dela e dos direitos humanos, devendo ainda estar voltada para o desenvolvimento da personalidade.

É precisamente nesse contexto que o legislador constituinte elevou a proteção da família a direito público. Constitucionalizou um dos mais antigos direitos civis, o direito de constituir família, e nela encontrar segurança e apoio. A casa é o lar mencionado na Constituição como inviolável, além de garantido como direito social.

No entanto, o legislador infraconstitucional entendeu que poderia abrir exceções ao direito social à moradia. Por meio de uma lei federal, dispôs que o bem de família seria impenhorável, no entanto, abriu um leque de exceções a essa regra.

Diante disso, no ano de 2006, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Cezar Peluso, entendeu, por ocasião do Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo, que as exceções à impenhorabilidade do bem de família estariam recepcionadas pela Constituição brasileira, especialmente quando se refere ao fiador em contratos de locação.

A importância do tema é ainda recorrente, mesmo após se transcorrerem cinco anos do acórdão do Pleno do STF. Por oferecer questões constitucionais, como o conflito entre princípios, normas programáticas, validade dos direitos fundamentais nas relações entre privados, entre outros assuntos que merecem reflexão por parte dos constitucionalistas, tal decisão merece ser estudada com maior profundidade no círculo jurídico.

É preciso lembrar que a interpretação que o STF dá à Constituição brasileira é a última que um órgão jurisdicional pode nos oferecer. É decisão máxima e irrecorrível, mas, nem por isso, está isenta de erros e/ou equívocos.

Peter Häberle (2002, p.13) afirma que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”. O mestre deixa claro que o processo de interpretação constitucional é potencialmente de todos aqueles que estão sob seu poder. Häberle (2002, p.34) entende que a legitimidade para fazer hermenêutica constitucional não é apenas dos intérpretes corporativos, sob pena de um empobrecimento jurídico, de modo que não se pode renunciar à “força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’”. Todos estariam habilitados a olhar, entender e criticar o texto constitucional.

Assim, a proposta deste artigo é fazer uma análise que possa contribuir na discussão sobre a efetividade dos direitos sociais, nomeadamente o direito social à moradia.

2 O voto do Ministro Cezar Peluso e a discussão no Pleno do STF

O Ministro Cezar Peluso, na controvérsia acerca de se a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação persistiria ou não com o advento da Emenda Constitucional nº26, que incluiu a moradia como direito social, proferiu seu voto no sentido de que a norma do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/1990, com a redação da Lei nº 8.245/1991, no sentido de abrir exceção a impenhorabilidade do bem de família, estaria recepcionada pela nova redação do art.6º da Constituição Federal, modificada pela Emenda Constitucional nº26/2000.

Dispõe que são várias as formas pelas quais o Estado pode concretizar o direito social à moradia, com este não se confundindo com o direito à propriedade imobiliária ou ao direito de ser proprietário do imóvel. Podendo se configurar o direito em normas que, por exemplo, favoreçam a oferta de imóveis para fins de locação.

Alega ainda que uma das maiores dificuldades no acesso ao mercado de locação residencial está na falta de garantias contratuais, licitamente exigidas pelos proprietários dos imóveis. Não admitir essa penhora seria como que “castrar” o legislador que está estimulando o

acesso a habitação arrendada, e que, em decorrência disso, romper-se-ia o equilíbrio do mercado ao exigir, sistematicamente, garantias mais custosas para locações residenciais. Logo, somente não incidiria a penhora sobre o bem de família do fiador se houvessem outros meios de assegurar o pagamento do débito.

Importa destacar o posicionamento divergente do Ministro Celso de Mello, no sentido de que, a essencialidade do direito à moradia é proclamada também em declarações internacionais, como a Declaração dos Direitos da Pessoa Humana e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Também salienta que a proteção do patrimônio mínimo está ancorada em postulados como a dignidade da pessoa humana, que tem um papel central no sistema constitucional brasileiro, não sendo os princípios constitucionais fórmulas ocas ou vazias. Assim é que enfatiza os art.183 da Constituição (usucapião extraordinário) e o art.7º, IV, que qualifica a moradia como necessidade vital para a composição do salário mínimo. Nota ainda que o inciso XXVI do art.5º da Constituição Federal impede a penhora da pequena propriedade rural trabalhada pela família.

Diante de tais considerações, o Ministro Gilmar Mendes pontua que talvez se devesse avançar para considerar inconstitucionais todas as exceções a impenhorabilidade do bem de família.

É partindo das ideias do Ministro Celso de Mello que serão examinadas essas “controvérsias constitucionais”.

3 Algumas ponderações sobre “família”

É necessário um olhar para as raízes históricas dos atuais institutos jurídicos, uma vez que os antigos têm lições a ensinar. É o *consensus gentium et temporum*: parar e compreender que o consenso do povo em várias épocas é o que trouxe a humanidade até onde ela está hoje.

Como diria Lênio Streck (2005, p.212), “faticidade e historicidade é o locus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação”. Só se pode realizar uma tarefa interpretativa tendo uma visão prévia, uma pré-compreensão do assunto

abordado, e, complementa Streck, “não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representada pelo sentido que o intérprete tem”.

É certo que os tempos passam e as relações sociais se alteram de época em época, e, assim sendo, aquela velha interpretação que os antigos davam à família pode não ser inteiramente útil. E o objetivo também não é resgatar velhas interpretações, mas observar a sabedoria e a experiência acumulada por séculos de estudos e tradições, traduzindo-a e adaptando-a a nossa situação, enriquecendo teorias e abrindo horizontes, sem perder de vista a ideia central por trás daqueles conceitos (ARISTÓTELES, 1995, p.96; HESPANHA, 2009, p.661-663).

A família é um dos mais vetustos institutos do direito, é a base sobre a qual foram criados os grandes impérios do passado e é o alicerce das sociedades modernas. Não será objeto deste trabalho um estudo sobre as crenças dos antigos, mas é preciso entender o desenvolvimento histórico que levou a família a ser protegida pela nossa Carta Magna.

Todo homem ao nascer faz parte dessa entidade familiar, que dá condições de existência digna aos indivíduos e, inserida na mesma, as pessoas têm liberdade e possibilidade de desenvolverem-se como seres humanos, estando abrigado e o protegido contra os perigos externos, além de a entidade familiar ser responsável por sua educação, alimentação e abrigo, até que ele saia do seio desse grupo para constituir uma nova família. Assim é que o estudo das relações familiares é o estudo da vida em relações de afeto e de patrimônio (BARCELLOS, 2002, p.25-26; MONTEIRO e SILVA, 2010, p.15; SANTOS, 2005, p.1).

No período clássico romano a família envolvia uma comunidade de pessoas que tinham relação de parentesco ou estavam subordinadas economicamente, formando uma pequena associação política, jurídica, religiosa e econômica sob o poder de um chefe familiar (JUSTO, 2010, p.367; SANTOS, 2005, p.3).

A família se misturava com a religião dos manes (antepassados), na qual os vivos deveriam cuidar do “fogo sagrado” que ardia no altar

que cada casa possuía. De modo que as orações, os cânticos e os choros ali consagrados permitissem aos mortos permanecer em paz onde estivessem. O culto aos mortos era fato comum na antiguidade, com povos tão distintos quanto gregos e indianos praticando-o. O fogo só poderia deixar de brilhar se a família antiga desaparecesse e, então, tinha-se a ruína e a infelicidade dos mortos (COULANGES, 2004, p.42-46; SANTOS, 2005, p.1).

Deste modo, é de se destacar que o que unia os antigos em família não era o poder familiar, o pátrio poder, nem tampouco os sentimentos ou a força física, mas sim o culto ao Deus Lar e aos que já faleceram. Na língua dos gregos antigos, o vocábulo “família” significava “aquilo que fica perto de um fogo sagrado” (COULANGES, 2004, p.63-64).

Aí já se pode começar a ver a importância da casa, o local onde ardia o fogo sagrado, de respeito religioso, onde não era devido a ninguém violar.

A partir dessas relações sociais, culturais e religiosas é que o antigo legislador viu a importância de salvaguardar e tutelar a ideia de entidade familiar como base da sociedade. Mesmo com o passar dos tempos, o poder legislativo continuou a proteger publicamente a família, o que o poder constituinte originário, da vigente Constituição brasileira, o fez no art.226, *caput*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (MONTEIRO e SILVA, 2010, p.20; SILVA, 2007, p.851).

A Constituição consagra ainda, em seu art.1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, ou seja, o Estado brasileiro tem como característica inerente à sua formação o respeito à mesma. Ingo Wolfgang (2008, p.121) nos ensina que, “a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor”.

Sendo a sociedade brasileira democrática, a dignidade humana representa, essencialmente, o alicerce do rol dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna, além de legitimar muitos dos outros direitos fundamentais implícitos, abrindo o sistema jurídico de modo que o

desdobramento do princípio da dignidade humana prevaleça sobre outros princípios colidentes e que as relações familiares estejam voltadas para a preservação da vida e proteção ao desenvolvimento da personalidade, em todas as suas vertentes (ANDRADE, 2001, p.46-47; BARCELLOS, 2002, p.203; LISBOA, 2009, p.15).

E como o princípio supracitado não é mera abstração, ao salvar a família, com a preservação e proteção do desenvolvimento da personalidade de seus entes, entra em pauta a proteção da sua moradia, dos seus bens materiais mais básicos. É necessário lembrar que o direito de ter uma moradia é, antes de ser um direito individual, um direito da família, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, além do direito a uma intimidade da vida privada, justificando assim a limitação da penhora do bem de família como direito negativo do Estado (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p.835).

Segundo Maria Helena Diniz (2007, p.11), “o prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem de família, formam um patrimônio familiar separado, cuja renda destina-se à salvaguarda da família”. O Código Civil procurou dotar o instituto de uma efetividade social inata, qual seja, a manutenção da residência familiar, de modo que assegure a vida humana com o mínimo de dignidade.

É sobre o bem de família, instituto do direito civil que se destina a preservar o patrimônio da família, que se tratará posteriormente. Este consiste, basicamente, do patrimônio destinado ao abrigo da entidade familiar, sendo, por isso, em termos, impenhorável e inalienável. O respeito ao lar, assim como indica o próprio vocábulo, representa uma herança dos tempos dos antepassados.

4 O direito fundamental social à moradia e outros escritos complementares

Os direitos fundamentais sociais estão dispostos na Carta Magna visando levar os dirigentes do país a cumprir, por meio daquele balizamento, os objetivos elencados pelo constituinte originário, ou seja,

a construção de uma sociedade mais justa e solidária, a diminuição das desigualdades.

O direito à moradia está elencado no rol dos direitos sociais previstos pelo art.6º da Constituição de 1988. Trata-se de um direito fundamental que visa proteger e fomentar a habitação digna e saudável¹, indo buscar seu fundamento na teoria do mínimo existencial para uma vida digna e com isso se entrelaçando com a problemática da dignidade da pessoa humana, que deve ser minimamente assegurada (CANOTILHO, 2003, p.344; SARLET, 2010, p.68).

O Ministro Cezar Peluso afirma que o direito de moradia não é um direito a ter casa própria, não sendo dever do Estado a construção de casas para todos os cidadãos brasileiros. Trata-se, contudo, de uma norma de caráter programático, mostrando com isso a pretensão de que, no futuro, todos possuam uma moradia digna, trazendo ainda características inerentes como a gradatividade da realização, dependência das disponibilidades orçamentárias, necessária conformação do legislador quanto às políticas de realização desses direitos e a impossibilidade de controle judicial sobre as escolhas dessas políticas, que são livres por parte do legislativo. Entretanto, o simples fato de ser direito fundamental leva a uma proibição de retrocesso social, a um direito subjetivo individual de defesa do indivíduo, gerando um dever negativo para o Estado, o que implica a proteção tanto de violações por parte do próprio Estado quanto de violações por parte do setor privado (CANOTILHO, 2003, p.1166-1167; CANOTILHO, 2004, p.108; GALINDO, 2006, p.63; NOVAIS, 2010, p.44).

Assim, o Estado brasileiro tem três grandes deveres para com a moradia como direito social: respeitar, proteger e realizar. Os direitos sociais vinculam o legislador que os respeite, ao executivo que os realize e ao judiciário que os proteja (NOVAIS, 2010, p.42).

¹ A casa, como unidade de morada e abrigo da família, é a melhor representante de uma moradia e, sendo ela minimamente confortável e higiênica, atende as condições de dignidade da pessoa humana, que teria um “teto” e estaria abrigada das intempéries do tempo e da violência das ruas.

A assinatura de um contrato e/ou a disposição para ser fiador não pode levar à penhora daquele bem que é o sustentáculo da entidade familiar. Isso já é entendimento pacífico na doutrina, e desta maneira nos transmite Claus-Wilhelm Canaris (2009, p.36):

[...] os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela.

O que também pode ser visto no art.5º, §1º da CF², que impõe ao Estado brasileiro a tarefa de maximizar a eficácia de todos os direitos fundamentais, devendo o poder público trabalhar para criar condições para que esses direitos sejam efetivados. A interpretação do preceito constitucional, que versa sobre o direito à moradia, deve observar a vontade da Constituição; vejamos o posicionamento de Konrad Hesse (1991, p.22):

Perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. [...] A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

O legislador constituinte insere uma disposição normativa da qual se pode auferir que é necessária dotar da maior eficácia possível as normas constitucionais, no que se estaria em consonância com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.

² Cf. Art.5º, §1º da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Desse modo, impõe ao intérprete o dever de manter a eficácia do texto constitucional, atualizando permanentemente seu conteúdo normativo. É por isso que, quando, por quaisquer motivos, quem está interpretando o texto constitucional se afasta da realidade da vida, compromete inteiramente a finalidade e a efetividade regulatória da Carta Suprema nacional (CANOTILHO, 2003, p.1139; GALINDO, 2006, p.147; GARCIA, 2008, p.39, 52 e 511; MÜLLER, 2005, p.36).

Trata-se de cumprir a máxima de Celsus, citada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.24), “*scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*” que, com tradução livre, nos diz que conhecer as leis não se trata apenas de saber suas palavras, mas conhecer a sua força e seu poder, o que, em um ambiente constitucional, indica que é preciso mais que do que apenas ler o texto da Constituição, mas sim lhe dar eficácia, comprovar sua efetividade social.

E dar eficácia aos direitos sociais passa por assegurar o acesso a recursos materiais minimamente essenciais para a manutenção de condições básicas que caracterizem os indivíduos como seres humanos, de modo que ninguém fique abaixo de um limiar de existência condigna. Dada a essencialidade com que são tratados os direitos fundamentais, entende-se que o ser humano não sobrevive apenas em sua acepção física, mas precisa de padrões mínimos de dignidade. É questão de sair do formal da letra da lei para o material e concreto da realidade posta pelos fatos (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 818-819; JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.81-84; QUEIROZ, 2006, p.13 e 99).

É nesse sentido que os direitos sociais, apesar de constituírem uma norma de caráter programático, têm um núcleo básico que deve ser garantido e que, não o sendo, o Estado brasileiro pode ser condenado judicialmente a prestá-lo. O mínimo existencial compreende as condições necessárias para sobrevivência física, mas também tem aspectos intelectuais e espirituais, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, é necessária a participação das pessoas no

processo político, o que só é possível fornecendo e protegendo um mínimo material (BARCELLOS, 2002, p.197 e 198; CANOTILHO, 2003, p.518; QUEIROZ, 2006, p.23; TORRES, 2009, p.169).

Assim é que pode ser exigido do Estado, pelo menos, o dever de “não fazer”, de maneira a não retroceder na efetivação desses direitos. Ensina Jorge Miranda (2000, p.192) que “o ser humano não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui; e, na nossa época, anseia-se pela sua constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação”.

A importância do direito a uma moradia digna também pode ser verificada no art. 7º, IV, da CF, que, ao falar do direito do trabalhador a um salário mínimo, cita, como uma das necessidades vitais básicas, a moradia. O salário mínimo foi pensado como instituto que deveria contemplar um valor mínimo que, numa dada época, satisfizesse as necessidades mínimas de um ser humano. Em outras palavras, o constituinte originário enumerou o direito à moradia como necessário a uma vida digna também através do direito ao salário mínimo.

Desse modo, não parece que o legislador esteja autorizado a criar exceções na lei 8.009/90, no que toca à regra da impossibilidade da penhora do bem de família, porque assim violaria direitos fundamentais sociais adquiridos pelos cidadãos e pelos que residem no Brasil, colidindo e agredindo a instituição familiar e o livre desenvolvimento da personalidade, consagrados na Constituição brasileira, além de violar um dos núcleos essenciais à dignidade da pessoa humana (QUEIROZ, 2006, p.108 e 156).

Otto Bachof (2008, p.57), professor da Universidade de Tübingen, afirma que, quando o legislador constituinte toma uma postura num determinado sentido, que no caso em questão são tópicos – a dignidade da pessoa humana, a proteção da família e o direito social à moradia –, toda a regulamentação posterior deve estar a em “concordância com os princípios basilares da Constituição”. No que a professora Ana Paula de Barcellos (2002, p.67) complementa, salientando que “a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas

inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”.

Se até para a edição de novas normas constitucionais, através de emendas, o legislador deve se ater aos princípios fundamentais da Constituição, de modo a não incorrer na hipótese de norma constitucional inconstitucional, na implantação de leis ordinárias, o cuidado na formulação de normas infraconstitucionais por parte do Poder Legislativo deve ser muito maior. Bachof (2008, p.19-20) ainda acrescenta:

A possibilidade de um tribunal estar autorizado a recusar aplicação a uma norma constitucional poderá pôr-se, quando muito, no caso de essa norma infringir de maneira tão evidente os princípios basilares da lei moral geralmente reconhecida que se tenha de negar ao próprio legislador o propósito de se deixar guiar pela justiça como critério orientador da regulamentação legal.

O iminente jurista, com essas palavras, mostra que, no seu entender, um Tribunal não está autorizado a violar preceito constitucional, salvo em casos que ofendam a lei moral. O que não se vê no caso ora tratado, onde se percebe a própria positivação de uma lei moral. A nossa Constituição, em seu preâmbulo, consagra os direitos sociais como o caminho para uma sociedade mais fraterna e justa, indicando o caminho que será trilhado ao longo de seu texto, ou seja, a busca da plena cidadania (MORAIS e NASCIMENTO, 2010, p.25).

5 Decisões judiciais: breves comentários

Em pesquisa jurisprudencial, no STJ e em outros tribunais, é possível encontrar diversos e recentes julgados em prol da dignidade da pessoa humana. Não se tem espaço suficiente para listar todos eles, mas priorizar-se-ão alguns casos exemplificativos e, a partir daí, serão colocados diversos comentários para melhor elucidar a questão, procurando fazer um enfoque, ou melhor, uma integração com o direito

social à moradia e a inconstitucionalidade da execução de um bem de família por qualquer motivo.

Assim dispõe o acórdão referente ao REsp 1251566/SC, que teve como Relator o Ministro Mauro Campbell:

[...] é da Constituição que devem ser extraídos os princípios que, mais que simples regras, indicam os caminhos para toda a atividade hermenêutica do jurista e ostentam caráter de fundamentalidade. [...] A partir da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou inúmeros outros direitos, nos arts. 5º e 6º, este último que engloba a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. [...] Tais dispositivos devem ser lidos em conjunto, visando à realização ótima de todos os bens e valores da Constituição e, ao mesmo tempo, não negar nenhum deles (princípio da concordância prática), e objetivando a unidade do Texto Fundamental, já que as normas constitucionais não são isoladas, mas preceitos integrados em um sistema unitário. (REsp 1251566/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

Fazendo uma ponte da decisão acima com o problema proposto neste artigo, parece que a impenhorabilidade do bem de família, como forma de proteção do cidadão e de sua família, deve ser tomada como um verdadeiro compromisso constitucional advindo da dignidade da pessoa humana e do direito social de moradia, nomeadamente em relação às condições mínimas para a sobrevivência.

Assim é que, de acordo com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, entre as obrigações do juiz está atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. A Ministra Nancy Andrighi, no mesmo sentido, entende que os direitos sociais visam à promoção de cada um dos componentes do Estado e que tornam o

cidadão apto a realizar plenamente sua personalidade e afirmar sua dignidade:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o direito de moradia, entre outros direitos sociais, visa à promoção de cada um dos componentes do Estado, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

(REsp 1025665/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 09/04/2010)

Ainda no mesmo sentido, no REsp 621399 de relatoria do Ministro Luiz Fux, se vê que “a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo”.³

A decisão acima mostra que a impenhorabilidade do bem de família foi criada pelo legislador para proteger o cidadão e sua família do constrangimento do despejo que o leva ao desabrigo. Além disso, estão entre os objetivos fundamentais da República, elencados no art.3º da Constituição Federal de 1988: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais; o que não coaduna com penhorabilidade de um bem que visa dar condições mínimas de conforto e dignidade para o cidadão. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator do Agravo de Instrumento nº70016203663 do ano de 2003, o Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, fundamentando seu voto, assim se expressou:

Aliás, tratando dos princípios informativos do processo de execução, Humberto Theodoro Júnior (in Processo de Execução, Leud, 7ª ed., São Paulo, 1983, p. 23), assim leciona, *verbis*:

³ BRASIL. STJ – Acórdão referente ao REsp 621399 (2003/0221656-9 - 20/02/2006). Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp#>. Acesso em: 29 out. 2010.

“A execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.”⁴

O professor Humberto Theodoro Junior, citado pelo Des. Adão Sérgio, corrobora, com sua lição, para o entendimento da inconstitucionalidade da exceção da impenhorabilidade do bem de família. Desabrigar uma família é afrontar a ideia de um Estado Democrático de Direito que tem, dentre outros, o fundamento de garantir os direitos mais básicos dos membros do grupo social comunitário. Dessa forma, não combina e não respeita o princípio da dignidade o fato de uma família ou um indivíduo ser compelido a ficar sem teto, ser rebaixado a um patamar de indignidade social (BARCELLOS, 2002, p.182-183; HESPANHA, 2009, p.97-98).

Vê-se que são convergentes as interpretações dos ministros e desembargadores pátrios, de que os direitos sociais têm por finalidade a defesa da dignidade da pessoa humana. Mostram que a validade jurídica dos direitos não é dada pela lei, mas, hoje, com o Estado Democrático de Direito, o sentido último deve ser buscado no texto da Constituição. As democracias têm a obrigação de respeitar e proteger os direitos já adquiridos pelo seu povo, e, neste caso ora em discussão, a moradia é um direito social já assegurado (HESPANHA, 2009, p.156-157; NEVES, 2003, p.107-109).

Assim o legislador não pode atuar livremente naquelas zonas protegidas pelos direitos fundamentais, em que o direito à moradia é aqui representante. Na solução desse tipo de problema jurídico, deve-se priorizar a interpretação que leve à máxima eficácia do texto constitucional (MÜLLER, 2005, p.18 e 78).

⁴ RIO GRANDE DO SUL. TJ – Voto do Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano no **Agravo de Instrumento nº70016203663** do ano de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 29 out. 2010.

Entende-se que cabe ao Estado brasileiro o dever de prestar assistência aos cidadãos que estiverem em situação abaixo de um dado limiar de pobreza. Assim, surgiria um dever prestacional de políticas públicas como a “bolsa família” e os diversos programas estaduais e municipais de construção de casas próprias para a população carente. De modo que a possibilidade de penhora do bem de família, no caso de pessoas mais humildes, acabaria por lesar preceitos constitucionais e onerar as contas públicas, inflando os programas assistencialistas.

5 Considerações finais

Findas todas as anotações feitas sobre o tema proposto, tiram-se as seguintes conclusões em contraposição ao referido voto:

- a) O Brasil, como Estado Democrático de Direito, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. E, apesar de vivermos em sociedade, o ser humano tem sua dignidade aferida individualmente, não podendo ser sacrificado em prol da comunidade. Os juristas devem procurar defender a família, procurando fortalecê-la e neutralizar o abandono da deferência e do respeito a um instituto muito antigo.
- b) O Estado brasileiro tem três grandes deveres para com a moradia como direito social: respeitar, proteger e realizar. Os direitos sociais vinculam o legislador que os respeite, ao executivo que os realize e ao judiciário que os proteja. Logo, o direito à moradia é também um direito social negativo, ou seja, o Estado, se não puder melhorar, deverá abster-se para não piorar a situação do cidadão e sua família.
- c) O conceito de bem de família é uma concretização do direito à moradia, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, por isso, a penhora, no caso em questão, ser considerada inconstitucional.
- d) Não é possível que a dignidade da pessoa humana se molde dentro da lei, quando deveria ocorrer o oposto, qual seja, a lei se moldar no âmbito dela e dos direitos fundamentais.

- e) O instituto do bem de família é considerado um mínimo existencial, além de ser uma concretização da função social da propriedade, na medida em que garante o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos.
- f) Os direitos fundamentais se aplicam às relações entre privados.
- g) Cabe ao Estado o dever de prestar assistência social àqueles que ficaram sem moradia, o que decorre do princípio da vedação ao retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARISTÓTELES. **A ética**. Tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: EDIPRO, 1995.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

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

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 06 maio 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, 2004.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JUSTO, Antonio dos Santos. **Breviário de direito privado romano**. Coimbra, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. Vol.5. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 06 maio 2011.

SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito romano**: tutela de idade (tutela impuberum). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.