

## COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Gisele Mazzoni Welsch<sup>1</sup>

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
DIÁRIO DE JUSTIÇA DE 06/10/2006  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 – SÃO PAULO**

**RELATOR MINISTRO CEZAR PELUSO**

### **Relatório Acórdão**

O acórdão refere-se a recurso extraordinário contra decisão do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, o qual negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo recorrente. O agravo sustenta-se na decisão em que o juiz da causa indeferiu pedido de liberação do bem de família do recorrente, o qual foi objeto de penhora em processo de execução com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens, com fulcro no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990<sup>2</sup>, uma vez que o devedor executado ostenta a condição incontroversa de fiador em contrato de locação.

Transcreve-se a ementa do referido acórdão:

“Locação – Despejo – Execução – fiador – Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado – Constrição do seu imóvel residencial – Admissibilidade – Previsão da atual lei inquilinária – direito de moradia – norma do art. 6º da CF, ampliada pela Emenda nº 26/2000 – Regulamentação – Ausência – Recurso desprovido” (fls.110).

Irresignado, o fiador interpôs recurso extraordinário, que ora se analisa. A controvérsia consiste, basicamente, na definição se a penhorabilidade do

---

<sup>1</sup> Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito (Teoria Geral da Jurisdição e Processo) pela PUCRS; Especialista em Direito Público pela PUCRS; Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade FEEVALE; Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

<sup>2</sup> **Art. 3º** A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:  
**VII** - por obrigação decorrente de [fiança](#) concedida em contrato de locação. ([Acrescentado pelo Art. 82 da L-008.245-1991](#)).

bem de família do fiador de contrato de locação mantém-se ou não com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000<sup>3</sup>, que ampliou a disposição do art. 6º da Constituição Federal, incluindo também a moradia entre os direitos sociais.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, negou provimento ao recurso, por não entender que a penhora do bem de família do recorrente viola o disposto no art. 6º da Constituição da República, a qual por força da EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recepcionado a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990 (com redação dada pela Lei nº 8.245/91), que apresenta exceção à impenhorabilidade do bem de família.

Ao fundamentar seu voto, o ministro ainda entende que são diversas as formas pelas quais o Estado pode concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis. Assim ele explica que o direito social à moradia ainda poderia ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, citando dispositivo da Constituição Portuguesa (nº 2 do art. 65º), que estimula o acesso à habitação própria ou arrendada.

Por fim, o relator enfatiza que a expropriabilidade do bem do fiador, por via oblíqua, também visa a proteger o direito social da moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, e não um direito de crédito qualquer. Resumidamente, o voto baseou-se no argumento principal de que sacrificar o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação) em prol de outra de menor espectro (fiadores proprietários de um só imóvel,

---

<sup>3</sup> Emenda Constitucional nº 26, de 14 de Fevereiro de 2000.  
*Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal.*

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

*“Art. 6º 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.”*

**Art. 2º** Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

como bem de família, os quais não estão obrigados a prestar fiança) geraria um desequilíbrio de mercado, gerando a necessidade de produção de outras garantias mais custosas para as locações residenciais, mitigando ainda mais o direito constitucional à moradia.

O ministro Eros Grau votou pela procedência do recurso extraordinário, sob a alegação de que a impenhorabilidade consistiria em instrumento a garantir a subsistência individual e familiar e, portanto, também a dignidade da pessoa humana. Ainda fundamenta seu voto na afronta à isonomia, em razão de, no caso da impenhorabilidade ser ressalvada quanto ao fiador em uma relação de locação, o locatário que não paga os aluguéis com o argumento de poupar para comprar a casa própria ser protegido com a impenhorabilidade e o fiador não.

Por fim, explicou que seu voto não se pautava pela lógica do mercado, mas sim ao que estatui a Constituição, ainda desconsiderando o caráter programático do artigo 6º da Constituição Federal.

Após, debates entre o ministro Cezar Peluso e Eros Grau no sentido de que o entendimento do segundo limitaria o direito de moradia aos proprietários, proferiu voto o ministro Joaquim Barbosa, o qual colocou que o caso em tela consistia em questão de embate entre dois direitos fundamentais: o direito à moradia e o direito à liberdade, representado pela autonomia da vontade do fiador. O voto do ministro foi no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, sob a alegação de que a decisão de prestar fiança, por livre e espontânea vontade, colocou em risco a incolumidade do direito fundamental social do direito de moradia.

O ministro Carlos Britto, entendendo que o direito à moradia consiste em um direito indisponível e não-potestativo, esclarece que o mesmo não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança, pois estaria, assim, decaindo de seu direito. Assim, votou pela procedência do recurso extraordinário.

O ministro Gilmar Mendes, acompanhando o entendimento do ministro Joaquim Barbosa, no sentido de privilegiar o princípio da autonomia privada, embora reconheça o direito de moradia expresso no art. 6º da Constituição Federal, votou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

A ministra Ellen Gracie, convencida de que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação, negou provimento ao recurso, acompanhando também o relator.

Ao fundamentar seu voto, o ministro Celso de Mello traz à baila a questão da eficácia do direito de moradia como imprescindível, haja vista que tal direito se traduz em necessidade básica da pessoa. Assim, acompanha o voto dos ministros Eros Grau e Carlos Britto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário.

O ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, identifica o problema como dar efetividade ao direito de moradia, não só com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à chamada eficácia horizontal desse direito, nas relações privadas. Assim, entende que a viabilização da locação residencial é modalidade de concretização desse direito fundamental à moradia, acompanhando também o relator e negando provimento ao recurso.

Por derradeiro, o ministro Nelson Jobim, na ocasião Presidente, também acompanhou o voto do Relator Cezar Peluso, negando provimento ao recurso extraordinário, atentando para a questão das situações de efeitos das normas, baseando-se na realidade de que a impenhorabilidade do imóvel do fiador representaria a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas necessitadas, sendo que o resultado seria a oneração através da fiança bancária, ou até mesmo, a impossibilidade de locação e, portanto, a restrição ao direito fundamental à moradia.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. O Ministro Marco Aurélio fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Plenário, 08.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Brito, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

### **Análise/ Comentários Acórdão**

O acórdão em estudo trata de vários assuntos de grande relevância atinentes aos direitos fundamentais, mais especificamente trata do direito social à moradia.

Inicialmente é importante referir a questão do embate/colisão de direitos fundamentais explicitada pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, onde ele identifica o conflito do direito fundamental da moradia, no caso representado pela impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador, com o direito fundamental de liberdade (autonomia da vontade), representado, no caso em tela, pela espontânea obrigação contratual de prestar fiança.

A respeito do tema colisão de direitos fundamentais é importante referir a doutrina elogiável de Juarez de Freitas esposada em sua brilhante obra “A Interpretação Sistemática do Direito”<sup>4</sup>, que esclarece que subjacente a todo conflito entre regras existe um conflito entre princípios e, tal conflito de regras, só pode ser melhor resolvido mediante hierarquização axiológica. Nas palavras de Juarez de Freitas:

É o momento de responder, de modo afirmativo, à questão acerca da ocorrência de antinomias teleológicas em conflito de normas com princípios hierarquizados ou escolhidos como superiores, tais como, por exemplo, os dois propostos acerca da justiça. Impõe-se sublinhar que o princípio da hierarquização axiológica é o que oferece, tópico-

---

<sup>4</sup> Principalmente no Capítulo 6, páginas. 131 a 145.

sistematicamente, a resposta à eventual situação antinômica entre esta ou aquela regra de prioridade.<sup>5</sup>

Ainda no desiderato de resolução de antinomias, Ricardo Guastini também cita a importância do método da hierarquização, senão vejamos:

(...) pode-se resolver uma antinomia eliminando uma das duas normas em conflito: segundo os casos, a cronologicamente sucessiva (*lex posterior derogat legi priori*), ou a hierarquicamente inferior (*lex superior derogat legi priori*). Num caso, se “elimina” uma norma do ordenamento considerando-a abrogada; no outro caso, se a “elimina” considerando-a inválida. Em ambos os casos, uma das normas em conflito é tornada “ineficaz”, ou seja, subtraída (parcialmente ou totalmente) à aplicação. Desse modo, a antinomia é resolvida não mais no terreno da pura e simples interpretação, mas antes no terreno de produção jurídica, ainda que aqui, obviamente, trate-se de uma produção puramente “negativa”. Nenhuma norma é acrescida ao ordenamento, mas uma norma é expulsa – parcial ou totalmente – dele.<sup>6</sup>

Ainda nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que tal problema apenas poderá ser equacionado à luz do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação (hierarquização) dos bens e valores em conflito.<sup>7</sup>

O princípio da proporcionalidade cumpre relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Sobre essa função discorre Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.p. 140.

<sup>6</sup> GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 234/235.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. In: [http://iargs.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=72&Itemid=59](http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59). Acesso em 23.06.07.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, Malheiros, 2000, p. 386.

Há, contudo, um aspecto muito importante que merece ser apresentado, o qual se refere ao conflito aparente de normas e à colisão real de direitos. Considerando-se que não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e que o sistema jurídico é um todo harmônico, o conflito entre aquelas é apenas aparente. Assim, por exemplo, não há conflito, no plano normativo, entre as normas que garantem o direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Porém, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma *colisão real* entre os mencionados direitos constitucionais.

Outro não é o entendimento de J.J. GOMES CANOTILHO<sup>9</sup>, que distingue concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais. Na lição do constitucionalista luso, a primeira categoria existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Por exemplo: a publicação de um artigo literário põe em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento. Por sua vez, "considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos** fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico *conflito* de direitos"<sup>10</sup>.

Uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, surgindo uma situação na qual se apresentem em posições antagônicas, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de

---

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, 1999, p.1189.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 1191.

ambos (***colisão com redução bilateral***) ou de um deles apenas (***colisão com redução unilateral***), se inviável a primeira providência.

Outrossim, em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (***colisão excludente***).

Mas é importante ressaltar que, o afastamento de um direito fundamental em privilégio da aplicação de outro, através da ponderação do princípio da proporcionalidade e da hierarquização axiológica apontada alhures, só deve ocorrer em último caso, quando o sistema não encontrar alternativa viável, pois, partindo-se da idéia da essencialidade das normas de direitos fundamentais, deve-se evitar ao máximo que um direito fundamental deixe de ser aplicado e efetivado.

Quanto à possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, importa registrar o entendimento de J.J. GOMES CANOTILHO:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)".<sup>11</sup>

No pertinente à *colisão com redução bilateral*, existe viabilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais, por via de um processo limitativo de ambos. Referido método, quando possível de ser aplicado, prefere aos demais, porquanto contempla tratamento uniforme aos direitos em colisão.

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 1194.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. O proprietário tem o direito de reformar sua casa, como corolário do direito de propriedade e do direito à moradia, previstos nos arts. 5º, XXII, e 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Pode acontecer, contudo, que o vizinho daquele ingresse em juízo pleiteando o embargo da obra, sob a alegação de que os ruídos dela decorrentes prejudicam seu sossego durante o dia e seu sono à noite, violando os direitos previstos no art. 5º, X e XI da Constituição.

Neste caso, o Juiz poderá conciliar os direitos em conflito, fixando um horário para a realização da obra durante o dia e vedando-a à noite. Ambas as partes sofrerão uma limitação em seus direitos em benefício da preservação dos mesmos.

Na *colisão com redução unilateral*, é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, por intermédio da relativização de apenas um deles, sem a qual o outro direito restaria completamente aniquilado, o mesmo não sendo necessário com a situação inversa.

É o que sucede, por exemplo, com a tutela antecipada e com os demais provimentos jurisdicionais de urgência, nos quais contrapõem-se o direito à efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça de lesão* a direito (art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental), e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).

A esse respeito, têm-se os comentários de Humberto Theodoro Júnior:

(...) Muitas vezes, porém, entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto, se se tem de aguardar todo o longo iter da ampla defesa, a tutela que a final vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial.

Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica – e não fazer com que um simplesmente anule o outro.

(...) Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece.

Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.<sup>12</sup>

Note-se que, embora o autor sugira uma redução proporcional de ambos os princípios, a verdade é que, com a tutela antecipada, a efetividade da tutela jurisdicional não sofre qualquer arranhão, o mesmo não se podendo dizer dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Finalmente na *colisão excludente*, em que a realização concomitante dos direitos em colisão, conforme visto, é impossível, vez que o exercício de um deles exclui o do outro, incumbe perquirir qual direito fundamental expõe-se, no caso concreto, a um perigo de lesão mais grave.

Em recente decisão, publicada no Informativo STF nº 257, referente ao caso da cantora mexicana Glória Tréve, que ganhou imensa repercussão na imprensa, torna-se possível reconhecer um caso de *colisão excludente*. Este Colendo Tribunal julgou procedente reclamação para deferir a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda.

Infere-se, dos fundamentos da decisão, que o STF, "fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos" (princípio da proporcionalidade), considerou a possibilidade de uma lesão mais grave ao direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal, atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação, do que ao direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, visto que o exame de DNA pode ser realizado sem invasão da

---

<sup>12</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 26ª edição, Forense, 1999, vol. II, p. 609.

integridade física da extraditanda ou de seu filho (RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002).

Todavia é necessária a advertência de que a colisão excludente deve configurar situação excepcional, por impedir o exercício de um direito fundamental, em benefício de outro de igual natureza, motivo por que somente se legitima quando inviável o emprego dos métodos da colisão com redução bilateral e da colisão com redução unilateral.

Outra questão relevante apontada no voto do Relator Ministro Cezar Peluso, é o fato de que a proteção da impenhorabilidade do único bem imóvel do fiador geraria a inviabilidade das locações residenciais, por limitar as garantias do mercado locatário. A alternativa para a sustentação do mercado seria a fiança bancária (como já se verifica na prática), a qual se mostra excessivamente onerosa para a maioria da população, dificultando, assim, o exercício do direito social à moradia, pois o mesmo não se evidencia apenas no proprietário, mas também no locatário. Para ilustrar essa questão, o Relator cita dispositivo da Constituição Portuguesa, a qual faz menção ao termo acesso à “habitação arrendada”.

Dentro de tal ponderação, prevalece a idéia de que se justifica o sacrifício de um grupo minoritários (fiadores proprietários de imóveis residenciais que garantem a locação) em prol de uma classe mais ampla de pessoas (interessadas na locação residencial) em nome da manutenção e viabilidade do mercado de locações residenciais, o qual também assegura o exercício do direito social à moradia.

Nesse caso, também se percebe a ponderação pelo princípio da proporcionalidade para privilegiar o direito fundamental à moradia extensivo a um maior número de pessoas, ou seja, a ponderação pautada pelo princípio da proporcionalidade e a hierarquização axiológica também se fazem presentes na análise dessa questão. O direito fundamental é um só, o direito social à moradia, porém, no conflito entre a classe dos fiadores e dos pretensos locatários, deve prevalecer aquele que protege um maior número de pessoas

e, assim, tutela de forma mais efetiva o direito à moradia. Atentando-se para o fato que tal análise e ponderação devem sempre ser feitas de acordo com a realidade em que a questão se insere, pois só assim se pode encontrar uma solução, resposta mais justa e coerente.

A respeito de tal assunto e acompanhando os entendimentos antes mencionados, está a doutrina sagaz de Ingo Wolfgang Sarlet:

Sem que se vá aqui aprofundar o ponto, importa frisar que, mesmo onde se cuida de uma relação onde podem estar em causa direitos fundamentais de titulares diversos, circunstancialmente em rota de colisão, impõe-se a difícil tarefa de, considerando o dever de proteção de todos os direitos fundamentais de todas as pessoas, analisar a viabilidade de uma restrição, que, em qualquer caso, deverá observar, no âmbito de uma necessária interpretação tópico-sistemática, entre outros aspectos, a preservação do núcleo essencial de cada direito e os critérios impostos pelo princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, sempre acaba por implicar uma ponderação de bens ou interesses. Em síntese, também aqui não há como fugir de uma hierarquização dos valores em pauta, tarefa no contexto da qual o princípio da dignidade da pessoa humana (cuja conexão com o direito à moradia já restou amplamente demonstrada) assume particular relevância como critério de solução, privilegiando-se – na esteira da oportuna lição de Juarez Freitas – a opção (e, portanto, também a interpretação) mais favorável à dignidade da pessoa.<sup>13</sup>

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Celso de Mello suscitou a questão da eficácia do direito de moradia considerada como essencial, já que o mesmo consiste em uma necessidade vital do ser humano. O Ministro Sepúlveda pertence também identificou o problema tratado no acórdão como questão de dar efetividade ao direito de moradia, entendendo que a viabilização de locação residencial consistiria em modalidade de concretização desse direito.

Sobre o tema eficácia e efetividade do direito de moradia, discorre com propriedade Ingo Wolfgang Sarlet:

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. In: [http://iargs.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=72&Itemid=59](http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59). Acesso em 23.06.07.

É nesta perspectiva também que se verifica, desde logo e independentemente da possibilidade de se assegurar um direito à prestações, o quanto em eficácia e efetividade pode ser atribuído ao direito à moradia, já na sua dimensão defensiva, o que, por si só, já bastaria para demonstrar a sua normatividade e relevância prática. Para além da já apontada necessidade de edição de medidas legislativas objetivando uma efetiva proteção da moradia, Juízes e Tribunais encontram-se igualmente vinculados diretamente pelo direito à moradia, devendo zelar, no caso concreto, pela sua máxima eficácia e efetividade, tanto quando interpretarem o direito ordinário em conformidade com as normas de direitos fundamentais, seja quando estiverem atuando estritamente no controle da constitucionalidade de eventuais restrições impostas ao direito à moradia, pelo poder público, ou no âmbito das relações entre particulares, especialmente quando estiverem em causa situações caracterizadas por uma colisão (e aqui adotamos a terminologia mais corrente) de direitos, nas quais o direito à moradia acaba sendo oposto a direito de terceiro.<sup>14</sup>

Considerando que o direito social à moradia se enquadra na categoria de direitos sociais prestacionais de cunho “programático”, em que pese o Ministro Eros Grau ter afastado o carácter programático do art. 6º da Constituição Federal por acreditar que os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante, é ainda importante referir o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito do significado das “normas programáticas” à luz do direito constitucional positivo:

Constata-se, desde logo, que na tradição do nosso direito constitucional as assim denominadas normas programáticas costumam ser encaradas de forma bastante ampla e genérica, razão pela qual a tarefa de formular uma posição uniforme no que tange ao conteúdo e significado destas normas longe está de poder ser considerada isenta de dificuldades, até mesmo pelo fato de que sob a rubrica normas programáticas pode enquadrar-se uma variada gama de normas da Constituição, que – a despeito de algumas semelhanças - nem por isto deixam de ser distintas entre si. Todavia, há como sustentar que as diferenças entre as diversas normas que podem, em tese, ser referidas ao grupo das normas de natureza programática não se justificam (...). Nesse contexto, consideramos possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interpretação do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. In: [http://iargs.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=72&Itemid=59](http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59). Acesso em 23.06.07.

alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.<sup>15</sup>

No que pertine à questão da eficácia e à aplicabilidade das normas que se enquadram nesse grupo, não se pode deixar de atentar para o fato de que as mesmas são diretamente dependentes do grau de concretude em nível da Constituição, bem como de seu objeto. Ainda conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>16</sup>, a necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão somente ao aspecto da determinação do conteúdo, uma vez que os direitos de defesa, em regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por este motivo deixam de ser aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se fale, neste caso, de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Relativamente à questão do direito social à moradia na sua dimensão prestacional, determinando ao Estado a realização de determinada prestação para assegurar tal direito fundamental e no sentido de promover o acesso à moradia (como forma de assegurar um mínimo para uma vida digna), é importante referir que há uma gama de alternativas que não tem como ser definida previamente e objetivamente, uma vez que essa é uma questão aberta a discussões e ainda carente de desenvolvimento de soluções viáveis.<sup>17</sup>

## **Considerações Finais**

Mediante a análise do acórdão citado, foram apontadas inúmeras questões relativas aos direitos fundamentais na tentativa de solucionar o problema concreto. Todavia, independente do resultado do julgamento do

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 305/306.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 307.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. In: [http://iargs.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=72&Itemid=59](http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59). Acesso em 23.06.07.

Recurso Extraordinário, fundamental é o debate entre as questões na busca da decisão mais justa e equilibrada.

A questão da colisão de direitos fundamentais traz em seu núcleo a atuação indispensável do princípio da proporcionalidade no exercício da ponderação dos direitos fundamentais em conflito, atuando como mecanismo essencial de aferição de preponderância de um direito sobre o outro, mas sempre considerando que esta alternativa deve ser a última a ser aplicada, uma vez que se deve evitar ao máximo a restrição ou a não aplicação de um direito fundamental. Nessa atividade, também tem papel fundamental a hierarquização axiológica, a qual deve ser feita sempre considerando o caso concreto e suas implicações.

Também é importante destacar a questão da prevalência do direito à moradia dos locatários em detrimento do direito de moradia dos fiadores, por representarem uma classe mais ampla de pessoas e por viabilizarem a manutenção do mercado de locação, o qual consiste em condição necessária para o amplo acesso ao direito de moradia, que, como direito básico do cidadão, deve ser estendido ao maior número de pessoas possível.

Ainda foi discutido o importante aspecto da eficácia jurídica e social das normas de direitos fundamentais, no caso em tela, do direito à moradia, a qual exige uma atuação mais dinâmica e incisiva do Estado, devendo, portanto, ser objeto de constante e responsável discussão, não só pelo Estado, mas também pela sociedade. Essa postura é necessária na medida em que a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais corresponde também ao objetivo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa, conforme advoga Ingo Wolfgang Sarlet, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.

## Referências Bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, 1999.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 26ª edição, Forense, 1999, vol. II.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. In: [http://iargs.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=72&Itemid=59](http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=59). Acesso em 23.06.07.