

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

VINÍCIUS NÓBREGA COSTA

**OS REFLEXOS DO DIREITO À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS:
UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TJDF**

BRASÍLIA

2024

VINÍCIUS NÓBREGA COSTA

**OS REFLEXOS DO DIREITO À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS:
UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TJDF**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Coorientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

BRASÍLIA

2024

A biblioteca Ministro Moreira Alves oferece o serviço de elaboração de fichas-catalográficas, solicite via e-mail para biblioteca@idp.edu.br

Cutter Sobrenome, Nome
Título: subtítulo / Nome dos Autores. – Brasília: IDP, 2021.

00 p.

Inclui bibliografia.

Tese de Doutorado – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Curso de XXX, Brasília, 2021.

Orientador: Prof(a). Esp., Ms. (ou Me) ou Dr. Nome Completo do Orientador.

1. Palavra- chave. 2. Palavra- chave. 3. Palavra- chave. I. Título.

CDD: **XXX**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

VINÍCIUS NÓBREGA COSTA

**OS REFLEXOS DO DIREITO À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS:
UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TJDF**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Coorientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília, 24 de junho de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota
Coorientador

Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. Rodrigo Portela Gomes

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Profa. Dra. Marília de Ávila e Silva Sampaio

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

A finalização deste trabalho traz aos meus pensamentos a lembrança do percurso, as experiências enriquecedoras vividas, e, sobretudo, os vínculos pessoais gestados.

Agradeço à minha mãe e ao meu pai, por todo o amor, afeto, e incentivo que sempre confiaram aos meus sonhos. Especialmente à minha mãe, que nunca mediu esforços para a minha felicidade, mesmo que isso tenha significado o sacrifício doloroso da ausência física por muitos momentos.

Ao Lucas, por todas as diversas formas de contribuição para essa pesquisa e para o meu próprio crescimento.

Agradeço aos meus orientadores, professores Roberto Freitas e Pablo Malheiros, pelo direcionamento, pela paciência e por toda a gentileza que tiveram comigo durante esse processo.

Aos meus avaliadores, professores Marília Sampaio e Rodrigo Portela, por toda a disponibilidade e atenção que dedicaram à leitura atenta de cada uma destas páginas, com as quais contribuíram de forma substancial para os rumos deste trabalho.

À equipe do IDP, e, de forma muito especial, aos amigos Lincoln e Eduarda, sempre tão acolhedores e disponíveis.

E ao meu grande amigo Rossifran, cuja trajetória admiro e tenho a alegria de cotidianamente partilhar momentos de celebração e de aprendizado.

O primeiro que, ao cercar um terreno, teve a audácia de dizer “isto é meu” e encontrou gente bastante simples para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos, quantas misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e cobrindo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Não escutem a esse impostor! Estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e a terra é de ninguém” (ROUSSEAU, 2018, p. 80)

RESUMO

Essa pesquisa tem por objetivo perceber, em uma perspectiva prática, se o direito fundamental à moradia possui eficácia direta nas relações interprivadas. O trabalho se inicia com uma revisão bibliográfica acerca do constitucionalismo, da constitucionalização do Direito Civil, e das teorias da eficácia dos direitos fundamentais. Posteriormente, apresenta-se o direito à moradia como direito fundamental e o seu desenvolvimento na sociedade brasileira. O estudo prático se faz a partir da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), com o recorte temporal do ano de 2023, nos acórdãos do TJDFT, que tratam sobre o direito à moradia nas relações privadas. A partir de então, extrai-se a assimilação, por parte do Poder Judiciário, do direito à moradia como direito fundamental, com a admissão de sua aptidão para gerar efeitos nas relações interprivadas e mitigar regras objetivas de legislação infraconstitucional. Percebe-se que o direito à moradia traz novos contornos à propriedade, já influenciada em virtude da função social. Com a constitucionalização do direito à moradia, a origem dos direitos da propriedade se transporta da proteção à coisa e passa a se destinar ao cidadão. Na visão do TJDFT, o direito à moradia protege o mínimo existencial necessário à sobrevivência digna, e, com essa finalidade, possui a potência para mitigar regras objetivas postas na legislação infraconstitucional. Não há coesão integral entre todos os julgados, mas há um direcionamento no sentido de proteção à moradia, como um patrimônio mínimo inatingível, necessário à sobrevivência com dignidade.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Civil; Direito à Moradia; Direitos Fundamentais; Propriedade.

ABSTRACT

This research aims to grasp the practical impact of the right to housing on everyday interactions between individuals in Brazil. It achieves this by analyzing judgments issued by the Court of Justice of the Federal District and Territories (TJDFT). The study begins with a foundation in legal theory, exploring concepts of constitutionalism, the integration of constitutional principles into civil law, and theories on the practical application of fundamental rights. It then establishes the right to housing as a fundamental right, examining its development and significance in Brazilian society. Employing the Methodology of Decision Analysis (MAD), the study analyzes TJDFT judgments concerning housing rights in private relationships within the year 2023. The findings reveal that the judiciary recognizes the right to housing as a fundamental right, empowering individuals to invoke this right in their interactions with others, potentially overriding specific provisions of lower-level legislation. The study further highlights the evolving concept of property rights. With the enshrinement of the right to housing in the constitution, the focus shifts from the protection of property itself to the well-being of the citizen. The TJDFT views the right to housing as safeguarding a minimum standard of living necessary for human dignity. This protection can supersede certain objective rules found in lower-level legislation. While the TJDFT judgments exhibit some variation, a consistent theme emerges: the protection of housing as a fundamental and essential asset for maintaining a dignified life.

Keywords: Constitutionalization of Civil Law; Right to Housing; Fundamental Rights; Property.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Acórdãos analisados.....	49
-------------------------------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB	Código Civil Alemão (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IDP	Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
MAD	Metodologia de Análise de Decisões
ONU	Organização das Nações Unidas
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	18
1.2 A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
1.3 A EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA INSUFICIÊNCIA PARA O CONTEXTO CONSTITUCIONAL ATUAL E PARA A REALIDADE CONTEMPORÂNEA	29
2 O DIREITO À MORADIA.....	34
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA PERSPECTIVA BRASILEIRA	34
2.2 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	41
3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	45
3.1 A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DECISÕES	45
3.2 OS JULGADOS DO TJDF ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS	48
3.3 OS JULGADOS DO TJDF ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS QUE ADMITEM A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
3.3.1 Admitir que a proteção do bem de família se estende ao imóvel de pessoa jurídica, mesmo quando há a ilícita confusão patrimonial	52
3.3.2 Relativização do conceito de propriedade para proteger o direito à moradia do potencial proprietário.....	53
3.3.3 Imóvel oriundo de doação, que se prestava à moradia, comunica-se com a partilha para proteger a moradia de cônjuge sobrevivente, em regime de comunhão parcial de bens	57
3.3.4 Alargar a proteção da impenhorabilidade destinada ao imóvel para os frutos da locação de imóvel único de propriedade do devedor.....	59
3.4 JULGADOS DO TJDF ADOTAM A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA DO DIREITO À MORADIA	60
3.4.1 Ausência de comprovação de que o bem reveste-se da proteção do bem de família por ausência de prova de que se trata de único imóvel de propriedade do devedor, ou sua família, destinado à residência	61
3.4.2 A aplicação da legislação infraconstitucional realiza o direito à moradia	66

3.4.3 Permite-se a averbação da penhora, mas fica vedada a expropriação do bem, com a finalidade de evitar a fraude à execução e proteger o direito à moradia	73
3.5 ANÁLISE DOS REFLEXOS DO DIREITO À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

O direito à moradia, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, reforça uma proteção jurídica já extraível do superprincípio da dignidade humana¹. Não se concebe uma existência humana minimamente digna sem que o sujeito tenha um lugar seguro e salubre para a realização de suas atividades habituais. A previsão do direito à moradia, de forma expressa no texto constitucional, revela o dever de compromisso do Estado com a sua realização.

Tendo em vista que o direito à moradia, posto na CRFB/1988 como um direito fundamental, tem a potência para criar direitos e obrigações para todos que se sujeitam ao ordenamento jurídico brasileiro, propõe-se o seu estudo nas relações interprivadas, o que indissociavelmente traz ao debate o estudo da eficácia direta dos direitos fundamentais, da constitucionalização do Direito Civil e do conteúdo deste direito social.

Por mais que, em termos fáticos, sejam corriqueiros os julgados que decidem questões privadas com fundamento em direitos fundamentais, tal prática está longe de ser um consenso, tanto nos tribunais, como na doutrina.

É nesse sentido que este trabalho apresentará uma perspectiva empírica acerca dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que se relacionam à eficácia do direito à moradia nas relações interprivadas. O olhar para a realidade, que contempla as dificuldades e complexidades da existência humana, se faz com a esperança de trazer nuances que possam estar despercebidas.

Dessa forma, além da apresentação bibliográfica das bases teóricas relacionadas ao direito à moradia e os seus reflexos nas relações interprivadas, busca-se compreender os elementos decisórios que viabilizam, ou não, a eficácia do direito constitucional à moradia nas relações interprivadas.

A pergunta de pesquisa que se propõe a ser respondida é: o direito fundamental à moradia tem a aptidão de gerar reflexos às relações interprivadas?

¹ A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ingo Sarlet (2005a) a define como a qualidade de cada ser humano que o faz titular de direitos e deveres fundamentais que assegurem a existência de uma vida saudável, que protejam contra qualquer ação degradante ou desumana, bem como lhe garantam participação ativa nos destinos da própria existência e na comunhão em sociedade. O Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 3.510, afirmou que a dignidade da pessoa humana é um superprincípio, pois tem em sua raiz toda a construção jurídica e impregna toda a finalidade de existência do Direito, pois, como elemento fundante da ordem jurídica, todas as escolhas políticas se estratificam no sentido de proteção e promoção da condição humana, tida como um fim em si mesmo.

Como objeto da pesquisa, busca-se perceber, sob um viés empírico, se o direito à moradia flexibiliza a autonomia da vontade e as normas infraconstitucionais e o porquê da ocorrência de tal fenômeno em circunstâncias concretas, que são os acórdãos.

Escolheu-se o TJDFRJ porque, como advogado atuante perante este Tribunal, a vivência prática pressupõe o conhecimento dos mecanismos de buscas dos acórdãos, que são o objeto de estudo deste trabalho.

Antes do estudo dos julgados, é necessária a contextualização teórica do tema. De princípio, o trabalho tem por premissa de que, no contexto constitucional vigente, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais é uma realidade. Tal entendimento ficou explícito quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, disse expressamente que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos nas relações particulares.

No primeiro capítulo, busca-se mostrar como que os direitos fundamentais deixaram de se restringir à proteção do indivíduo perante o Estado e passaram a incrementar diversos direitos que exigem não só abstenção, mas verdadeiramente ações positivas para que possam ser efetivados, no âmbito público e privado.

O primeiro capítulo, por meio de revisão bibliográfica tratará das teorias da (in)eficácia dos direitos fundamentais, porque, por mais que seja consenso que, no sistema jurídico brasileiro, a aplicação dos direitos fundamentais é uma realidade chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, para parte da doutrina, há a necessidade de uma porta de entrada, autorizada por meio da legislação infraconstitucional, para que o direito fundamental interfira nas relações regulamentadas por lei.

De modo oposto, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais pressupõe que, independentemente da intermediação da legislação infraconstitucional, os direitos fundamentais possuem aptidão imediata para criar direitos e obrigações, inclusive nas relações interprivadas, que são o objeto deste estudo.

O cotejo entre as duas teorias, por si, mostra que o tema não é pacífico. O reconhecimento da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é o cerne da constitucionalização do Direito Civil que, tratada em subcapítulo específico, mostrará como que os princípios constitucionais da nossa Constituição, substancialmente sociais, têm orientado a mudança de paradigma das relações privadas, que deixam de se voltar ao patrimônio, como objeto de direito, e se transmitem à proteção da pessoa.

Este trabalho entende que a contemporânea complexidade social não pode prescindir de instrumentos para garantir a realização dos direitos fundamentais, diz-se isso porque, do ponto de vista do constitucionalismo, a opção por um texto analítico e a inserção dos direitos

fundamentais com a expressa dicção de sua aplicabilidade imediata evidencia que a opção da nossa sociedade por um sistema jurídico que proteja, de forma eficiente, os direitos elencados no topo hierárquico do nosso ordenamento jurídico, que são os presentes na Constituição Federal.

Tal preocupação é pertinente porque a atuação de diversos atores multinacionais, transnacionais, que competem com o Estado em relação aos espaços de realização das atividades cotidianas, propicia um cenário de potencial desrespeito aos direitos fundamentais. Com efeito, atores privados transnacionais, a exemplo das redes sociais, guiam-se primordialmente pelo próprio interesse econômico, o que mostra, por si, o descompasso com o fim do Estado que, do ponto de vista de um estado social, orienta-se pela realização dos direitos humanos (NAVARRO, 2023).

É nesse cenário que se expõe um horizonte de potencial crise da efetividade dos direitos fundamentais e o porquê de que, do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico, admite-se a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Após superado este primeiro objetivo específico, de reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia sobreposta ao texto constitucional, passa-se ao segundo objetivo específico, que é o entendimento do que é o conteúdo do direito à moradia.

O direito à moradia, propriamente dito, se apresenta no segundo capítulo por meio de dois subcapítulos. Primeiramente, como que o direito à moradia, do ponto de vista histórico, acontece no Brasil. Tal exposição se faz necessária porque, diante da ausência de especificação no texto constitucional do que se compreende conceitualmente por “direito à moradia”, a forma com a qual esse direito se sobreveio do posto de vista social e jurídico assume relevância para a sua caracterização e compreensão de sua extensão, nas relações públicas e privadas.

Em seguida, expostas as premissas que construíram o significado do direito à moradia, passa-se à análise deste direito sob a perspectiva da sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, para, assim, buscar-se a exposição do que se construiu sobre o direito à moradia no panorama atual.

Os capítulos delineados até então compõem os pilares teóricos do presente trabalho, que são a cognição acerca do direito fundamental à moradia e os seus reflexos nas relações particulares, por meio das teorias da eficácia (in)direta dos direitos fundamentais e da constitucionalização do Direito Civil.

Para que se faça o exame dos julgados, ou seja, o estudo prático que este estudo propõe, o capítulo seguinte tratará do método de pesquisa a ser utilizado para responder à pergunta: quais os motivos que justificam a eficácia direta do direito à moradia nas relações interprivadas?

Para tanto, será empregada a Metodologia de Análise de Decisões, desenvolvida por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima (2010).

A apresentação da Metodologia de Análise de Decisões (MAD) se faz em capítulo próprio, juntamente com a exposição do protocolo a ser seguido para se alcançar o resultado pretendido, que é compreender quais os motivos que justificam, ou não, a eficácia direta do direito fundamental à moradia. Nas palavras de Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes (2010, p.7), a Metodologia de Análise de Decisões permite:

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;
- 2) Verificar a coerência decisória, no contexto determinado previamente; e
- 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.

O terceiro capítulo faz uma análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no período de 20 de janeiro de 2023 a 20 dezembro de 2023, para avaliar como que esta Corte tem enfrentado as questões relacionadas ao direito à moradia e em quais situações o direito fundamental à moradia é protegido em detrimento do regramento infraconstitucional.

Feita tal análise, as razões de decidir que justificam a prevalência do direito à moradia serão analisadas uma a uma. Ao fim, apresenta-se o “estado da arte” do direito à moradia nas relações interprivadas sob a ótica do TJDF, resultado que atende a linha de pesquisa do programa de pós-graduação *stricto sensu* do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), na linha de pesquisa “Transformações na Ordem Econômica e Social: Tecnologia e Inovação” do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, especialmente na sublinha relacionada ao Direito Privado.

1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como direitos e garantias das pessoas que se relacionam com a condição de existência humana. São direitos e atributos que, para uma existência humana minimamente digna, são requisitos. Dada a sua importância, tais direitos estão positivados no texto constitucional e são indissociáveis do seu titular e, mesmo que estes queiram, são indisponíveis (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Por mais que orientado materialmente a ser uma legislação que trata das relações privadas, foi no Direito Civil que surgiu a proteção a direitos fundamentais de primeira geração², a exemplo da propriedade.

O fato de o Direito Civil ser bem mais antigo que o próprio constitucionalismo acarreta uma consolidação dos seus institutos, que orientam o sistema jurídico como um todo, no que se inclui o Direito Constitucional.

Na perspectiva de uma constituição analítica, como a de 1988, é certa a interação entre diversos ramos do Direito e o Direito Constitucional, o que decorre do fato de a Constituição regulamentar também matérias eminentemente privadas.

Por mais que o Código Civil apresenta, em consonância com o texto constitucional, um viés social para dois dos seus principais institutos – contrato e propriedade –, o regramento infraconstitucional não é autossuficiente para a resolução dos problemas contemporâneos.

Alberto do Amaral Júnior (2017) acentua que existem três crises em relação ao Código Civil e a sociedade presente: a de legitimidade, de integração e de hegemonia.

A crise de legitimidade porque o Código Civil teria estabelecido normas equivalentes para sujeitos que interagem em um cenário de absoluta desigualdade, dado o fato notório de que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo (DO AMARAL JÚNIOR, 2017).

A crise de integração surge da pretensão do Código Civil de ser uma norma tuteladora das relações particulares, em sentido amplo. No entanto, a generalização perde de vista um olhar mais cuidadoso acerca das complexidades sociais (DO AMARAL JÚNIOR, 2017). A pretensão de abarcar tudo é insuficiente, porque relações que não se encaixavam no regulamento geral acabaram por resultar em novos sistemas legais, que foram sendo editados sem preocupação com a sua integração ao Código Civil.

² Se diz que são direitos fundamentais de primeira geração os que se relacionam com a liberdade e demandam um caráter negativo, exigem uma abstenção do Estado e dos demais, a exemplo do direito à propriedade que demanda que Estado e os cidadãos não interfiram no bem de propriedade de outro (DA SILVA, 2005).

Para Alberto do Amaral Júnior (2017) o Código Civil não cumpre o fim para o qual foi idealizado, de atender integralmente às relações privadas. Nessa intenção universalista, acaba por se chocar com as legislações especiais que sobrevieram para o atendimento das relações sociais.

Exemplo dessa ausência de integração é a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, conhecida como “Lei do Distrato”. Todos os Tribunais do país tinham o entendimento de que, por observância ao artigo 413 do Código Civil e ao artigo 51, inciso 1º, do Código de Defesa do Consumidor, seria nula a retenção, por parte da construtora, do correspondente a 50% dos valores pagos pelo adquirente de imóvel adquirido na planta.

A nova lei tornou lícita uma prática que, do ponto de vista sistemático do ordenamento vigente até então, seria ilícita, para permitir que os contratos de promessa de compra e venda admitam tal retenção no importe de metade do total do valor pago pelo adquirente. Do ponto de vista das intenções legislativas³, o Projeto de Lei não toma em conta peculiaridades do mercado de construção que justificariam que as construtoras possam reter a metade do valor. Muito pelo contrário, as justificativas legislativas são no sentido de que se busca a proteção do consumidor que, na realidade, só perdeu proteção diante da nova legislação.

O que se quer mostrar é que, se na codificação a pretensão é de uma união, uma compilação do regramento, tal integração apresenta falhas. No exemplo acima, o desacerto fica evidente porque o protocolo de intenções da lei almeja a proteção do consumidor e a segurança jurídica, quando, ao fim, o que fez foi avalizar um cenário pior para o consumidor adquirente de imóvel, em detrimento das relações tratadas pelas cláusulas gerais.

A derradeira crise apontada por Alberto do Amaral Júnior (2017) é a de hegemonia, que passa a se mostrar mais clara ao fim dos anos 50, com a edição de diversas normas, com o intento de satisfazer os múltiplos interesses sociais, que, assim como na crise de integração, demandam regulação específica.

Percebe-se que, somente nessa perspectiva interna do ordenamento jurídico, já há uma pulverização do direito material positivado no Código Civil, de modo que o propósito da codificação, compreendido como a condensação de determinada matéria em uma legislação só se acha insuficiente.

³ A justificativa do então projeto de lei afirmava que a desistência da compra de imóveis na planta se tornou um verdadeiro tormento ao consumidor, porque, embora os Tribunais admitam a retenção de 10%, algumas incorporadoras devolviam valor inferior aos consumidores. Ao se tornar lei, o projeto foi modificado para admitir retenção de até 50%, prática tida como abusiva por todos os Tribunais do país. Conclui-se que se desconsiderou o entendimento jurídico, fundamentado no artigo 51, parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 413 do Código Civil, de que a retenção de 50% seria abusiva e alterou-se pontualmente a permissividade para que, no mercado de compra e venda de imóveis, tal retenção seja legal.

Esse raciocínio, de pulverização, se mostra ainda mais claro ao final do século passado, por meio de três fatos: a abertura às exportações que se iniciou ao fim dos anos 90; a criação do Mercosul; a instituição da Organização Mundial do Comércio (DO AMARAL JÚNIOR, 2017).

Por meio da celebração de decretos, que possuem natureza supralegal, o Direito Privado passa a sofrer intervenções legislativas de ordem hierarquicamente superior.

A questão toma contornos ainda mais heterogêneos quando as relações, e o próprio exercício de direitos fundamentais, passam ao plano virtual, por exemplo. A atuação das chamadas “*big techs*”, grandes empresas de tecnologia, se faz em um cenário transnacional.

É dizer que negócios iniciados em um computador do Brasil, são recebidos em um servidor instalado em outro país, sob uma dinâmica regida em termos de compromissos que, potencialmente, podem ser regulamentadas, ao menos nessa hipótese, por dois Estados com ordenamentos jurídicos distintos e potencialmente conflitantes entre si.

Nesse cenário, é oportuno questionar: o Direito Civil brasileiro é suficiente para resolver os problemas complexos que se apresentam no cotidiano?

Para algumas relações jurídicas a resposta é positiva, mas para muitas não o é. As regras legais não bastam à realidade e não alcançam os problemas pós-modernos na mesma velocidade em que estes surgem.

Teubner (2022) entende que o contexto globalizado supera a interação direito e política para passar a admitir outros sistemas sociais, que possuem constituição própria e não podem ser ignorados, pois são verdadeiro palco de exteriorização dos direitos fundamentais.

O transconstitucionalismo social vai além da atuação de atores internacionais que, por força de tratados ratificados, se inserem nos ordenamentos jurídicos nacionais.

A questão supera até mesmo a legitimação por via da política, o que se faz com a ressalva de que a atuação e a constituição própria desses atores podem passar por processo de democratização e receberem a outorga do ordenamento jurídico (TEUBNER, 2022).

No entanto, o certo é que há, gradativamente, uma perda de espaço do poder político e, conseqüentemente, do poder do direito para a regulamentação das relações sociais. Em outra ponta, há o fortalecimento de atores privados que, desprovidos de preocupação social, movem-se pelos próprios interesses econômicos.

A tendência que se apresenta, reforçada por perspectivas liberais de ausência de intervenção em prol de direitos sociais, é que tais entes não-estatais buscam, de forma centrífuga, seus próprios interesses; de sorte que, continuamente, nas relações globalizadas, as

perspectivas fundantes relacionadas aos direitos humanos são relativizadas de forma cada vez mais recrudescida.

Nesse cenário, é que a ausência de vinculação aos direitos fundamentais, justificada na cada vez mais irrestrita liberdade privada, resulta em riscos à democracia. O poder político se fragmenta quando as decisões que exercem poder sobre a sociedade são inseridas por um poder deslegitimado, que atende aos interesses do mercado e, ao fim, o resultado é uma infinidade de governos voltados ao atendimento do mercado (FROTA, 2010).

Entender como a Constituição chegou ao centro do ordenamento jurídico e como suas raízes se tornaram mais longas e profundas, de modo a alcançar os institutos de Direito Civil, é tarefa necessária para a compreensão do fenômeno da eficácia direta dos direitos fundamentais.

O primeiro modelo de constituição que se apresentou no que se entende por constitucionalismo⁴ foi a Constituição Liberal, que surge com o Iluminismo, posteriormente à Revolução Francesa, a partir do momento em que se passou a conceber o Estado distinto da pessoa do soberano, quando a função constitucional firmou-se no sentido de garantir as liberdades individuais, o direito de propriedade e, em última análise, proteger os indivíduos e os seus direitos, em face do Estado.

Teubner (2016) descreve que a Constituição Liberal tem por proposta definir a estrutura e instituição do Estado, em um sentido próprio, autorreferencial, uma carta que inaugura o poder, que garante aos cidadãos proteções individuais à liberdade negocial e à propriedade.

A limitação à organização do poder e às proteções individuais atendiam exclusivamente às elites econômicas da época, que precisavam, na constituição, ter a garantia de que não sofreriam intervenções circunstanciais no seu patrimônio por parte do soberano. Garantiu-se que o direito de propriedade está no topo do ordenamento jurídico, acima da vontade do rei.

Em decorrência disso, a Constituição Liberal inadmite intervenções nas relações particulares de modo tão acentuado que José Maria Cerpa de Santa Maria (1993) escreve que o proprietário poderia usar do seu bem de tal forma como bem entendesse, ainda que o exercício deste direito cause violação ao direito de terceiros. O uso absoluto da propriedade é, na perspectiva do Estado Liberal, uma prerrogativa legalmente protegida. A função social inexistente.

Como cerceador do Poder Absolutista, o Poder Legislativo emerge como reflexo da vontade do povo que, agora, sob o ponto de vista constitucional, passa a ser a fonte do poder em lugar do próprio soberano.

⁴ Fenômeno político que teve início com a Revolução Francesa, no qual o Poder passou a ser instituído por uma carta instituidora do Estado, que, nessa senda, passa a ser promanado da vontade do povo, em oposição ao soberano como fonte do poder.

A superação do Estado Liberal surge com a insatisfação com o modelo de um Estado que se bastava à proteção das liberdades individuais. Reclamava-se, do Estado e ao Estado, a promoção de direitos outros, como os direitos sociais⁵, que demandam uma ação positiva do governo para sua efetivação.

Daniel Sarmento (2005) pondera que não basta afirmar a liberdade do homem quando não se permitem condições mínimas para que este possa exercê-la de forma plena e igualitária com os demais. Notadamente, tal assertiva direciona-se contra o discurso de suficiência do Estado Liberal para o atendimento de condições humanas minimamente dignas.

Mesmo sob o enfoque da autonomia da vontade, não há como assumir plena a liberdade de um cidadão quando, na relação com outro, a realidade apresenta circunstâncias de fato muito mais favoráveis para um destes. A igualdade da norma não é congruente com a desigualdade social, o que acaba, na prática, por desvirtuar o que a lei se propõe.

O surgimento do Estado Social, em antagonismo ao ápice do protagonismo liberal-burguês, ocorre em um cenário de abusos das relações particulares, de opressão socioeconômica, que resultaram na necessidade de se protegerem determinados direitos, indistintamente de onde puder vir a potencial violação, seja do Estado, ou mesmo da ação dos demais cidadãos (SARLET, 2005b).

O paradigma do Estado Social, bem como do Estado Social Democrático de Direito, supera a finalidade da Constituição como um instrumento de instituição do Estado e de proteção dos particulares contra as ameaças dos poderes públicos, e passa a apresentar diretrizes programáticas não apenas para o Estado, como, também, para setores da sociedade, em especial na esfera privada, a exemplo dos direitos trabalhistas (TEUBNER, 2016).

No âmbito de uma constituição social, que traz diretrizes programáticas à sociedade e, mais que isso, estabelece princípios que se voltam ao próprio ordenamento jurídico, por observância ao postulado da unidade do ordenamento jurídico, estes princípios devem ser aplicados relativamente à integralidade da ordem jurídica, inclusive a privada. Ainda mais quando, na atualidade, o poder está pulverizado na sociedade, de modo que diversos outros atores, além do Estado, são palco e instrumentos para a realização, ou violação, dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2005).

Há, no topo do ordenamento jurídico, o texto constitucional com direitos sociais positivados, que tratam de diversos aspectos cotidianos da vida social e particular do cidadão,

⁵ Ingo Sarlet (2005b) conceitua direitos sociais como uma densificação da própria justiça social, são reivindicações das classes menos favorecidas economicamente, em especial a operária, com buscas a compensar a desigualdade de condições de vida com as elites econômicas.

de modo que o direito privado passa a ter de se encaixar na moldura constitucional, pois este modelo de ordenamento não só se presta à proteção individual e à instituição do Estado, mas precipuamente à promoção de direitos (TEUBNER, 2022).

É esse fenômeno de interação dos institutos de Direito Civil com o texto constitucional que se chama de constitucionalização do Direito Civil.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais, prescritos na Constituição, influenciam os institutos privados de forma exógena e endógena. Exógena, pois irradiam direitos aos institutos típicos de Direito Civil que, agora, passam a enfrentar o paradigma de sua aplicação com vistas à realização dos direitos fundamentais. Endógena uma vez que o Código Civil é influenciado pelo espírito da Constituição Federal de 1988 que, essencialmente, inspira uma mudança do paradigma que se tinha, de viés patrimonialista, estritamente individual, para contemplar funções sociais em diversos dos seus institutos.

Acerca da influência da Constituição no Direito Civil, Fachin e Schulman (2008, p. 351) escreveram que:

Esvanecem-se dessa feita as críticas no sentido de que interpretação contemporânea, preocupada e ocupada com a efetivação da axiologia constitucional deva ser subtraída de força (normativa) por abarcar aspectos valorativos. Ora, também a exegese formalista, a interpretação mecanicista calcada em silogismos e na mera subsunção é opção valorativa e ideologicamente conformada⁵. Nesse passo, a inquietude do jurista faz balançar os pilares e permite conhecer, no interior da construção em estilo moderno, a consagração de uma determinada ordem de valores. Mitigam-se as propostas (pré-)dispostas a simples conservação do que está – ou era – sob o invólucro da certeza ou da univocidade. Ressurge sob os ares da repersonalização e da constitucionalização a dialética entre o Direito que está e a transformação do Direito que pode ser – e será. Vem à tona a imparcialidade das posições que procuram congelar os institutos para conservá-los intactos.

O cenário alterou-se e é preciso renovar o enredo. Rasga-se a cortina da neutralidade a qual procura(va) encobrir, nos bastidores, que tais posturas são consagradoras de determinadas ordens de valores. Não se lhes nega sua existência, nem possível validade, entretanto, se impinge a essas posturas o dever de fundamentação segundo o mesmo rigor que exigem das novas construções.

Não se trata de uma abdicação da noção de liberdade contratual e da autonomia privada pura quando tomada na perspectiva de um Estado Liberal. Longe disso, há uma orientação social cogente ao Direito Privado, que se mostra desafiadora no mundo contemporâneo, em uma sociedade cada vez mais massificada, na qual a crescente globalização desafia até mesmo o alcance impositivo do próprio Direito diante dos atores transnacionais.

O indivíduo – e seu patrimônio–, que classicamente é o objeto do Código Civil, dá lugar à pessoa humana, pois, sob o aspecto do constitucionalismo, os direitos e garantias do cidadão são inoperantes e não bastam para o alcance das transformações sociais que a Constituição se propõe a instrumentalizar. Firma-se que institutos tipicamente de Direito Civil, como a empresa, a família, a propriedade e os contratos, deixam de se tratar por regramentos

autônomos, específicos e insuficientes para o alcance da realidade em sua complexidade, de modo que passam a ter como balizador, e significador, a promoção existencial e o desenvolvimento da personalidade (TEPEDINO, 2008).

É nessa perspectiva que se põe em xeque um olhar para a suficiência dos institutos clássicos do Direito Civil quando, de outro lado, o texto constitucional expressamente apresenta a sua intenção de se propagar sob os diversos ramos jurídicos e sociais.

A professora Maria Celina Bodin de Moraes (1992), em artigo intitulado “[a] caminho de um direito civil constitucional”, argumenta que a compreensão de que estamos em um ordenamento jurídico hierarquicamente sistematizado significa assumir que os princípios constitucionais, de envergadura superior, estão presentes e devem ser observados por todos os recantos do tecido normativo, de modo a superar a dicotomia de contraposição entre o direito público e o direito privado.

Ricardo Aronne (2018) defende que há uma relação indissociável entre o Direito Civil e o texto constitucional sob a justificativa de que uma desejável autonomia do Direito Civil significa admitir que há um sistema jurídico fragmentado, em oposição ao princípio da unidade. Para o autor, a resistência de parte dos civilistas em aceitar a nova exegese do Código Civil, que se faz a luz dos princípios e normas da Constituição, tem obstado a evolução dos institutos do direito privado, de modo a gerar crises em razão da busca de persistência de uma legislação não mais vigente, sem amparo legal e social (ARONNE, 2018).

Acerca do novo momento de intersecção entre o Direito Público e o Direito Privado, Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p.21) refere que:

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento integrante – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.

Com a anedota de uma ilha onde só habita um indivíduo, Fachin (2015) demonstra que o Direito serve à sociedade e que para isso que existe, porque, se um indivíduo está sozinho na ilha, não há interação social que justifique a existência do Direito.

A razão de que o Direito, como ciência, não se justifica como um fim em si mesmo, mas para a solução dos problemas sociais, impõe a importância de que o Direito seja visto sempre no seu contexto na realidade, do qual é indissociável.

Desse modo que o constitucionalismo apresenta a resposta de que a constitucionalização do Direito Civil é inegável, pois, dadas as justificativas que apresentam os direitos sociais na CRFB/88, não é possível a leitura apartada do Direito Civil e do Direito Constitucional.

Fachin (2015) defende um modelo de tríplice atuação constitutiva do Direito Civil: a formal, a substancial e a prospectiva. A atuação formal se refere às regras que se acham positivadas na Constituição e na legislação infraconstitucional. A dimensão substancial corresponde à potência dos princípios, que, juntamente com as regras, compõem as normas jurídicas. A prospectiva, por sua vez, é a forma de interação e construção dos significados dentro do sistema jurídico, que ocorrem no processo hermenêutico a reclamar da Constituição que seja paralela à realidade humana e social (FACHIN, 2015).

Sob a ótica da tríplice atuação constitutiva do Direito Civil, não há espaço para a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais porque as dimensões substanciais e prospectivas impõem uma simbiose entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que afasta uma compreensão autossuficiente do texto infraconstitucional.

Do ponto de vista do regime constitucional vigente, percebe-se a intenção do legislador de comungar com o entendimento de unicidade e interação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, pois trouxe, para o âmbito constitucional, a regulamentação de matérias que tipicamente se destinavam ao Direito Civil.

Exemplo dessa simbiose é a função social da propriedade, positivada no artigo 12 da CRFB/1988, que se soma ao tratamento da usucapião, instituto típico do Direito Civil, que é em parte disciplinado no artigo 183, parágrafo 3º, da CRFB/1988.

Para além do tratamento, no texto constitucional, de matérias tipicamente privadas, há a irradiação de princípios constitucionais que se voltam abstratamente para todo o ordenamento jurídico, a exemplo do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Constitucionalização em nada se relaciona com a precarização, ou perda de sentido, do Direito Civil, como bem refere Pablo Malheiros da Cunha Frota (2019) o que há é a necessidade de se reconhecer que o Direito é cambiante e que serve à solução de problemas concretos, sem voluntarismos, de modo que a construção das normas de Direito Civil não pode se dissociar dos preceitos constitucionais que com estas se relacionam.

1.2 A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ponto central da constitucionalização do Direito Civil é a possibilidade de os direitos fundamentais terem eficácia nas relações interprivadas (RAMOS, 2015). No panorama do

constitucionalismo, os direitos fundamentais, de primeira geração, surgem como um dever de abstenção do Estado, eram considerados direitos de defesa, que conferiam ao seu titular o direito de uma inação estatal, tratava-se de uma dimensão subjetiva do titular do direito.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais surge na Alemanha, após o traumático período da Segunda Guerra Mundial, na década de 1950, por meio da doutrina de Hans Carl Nipperdey, que, na condição de magistrado do BAG, Tribunal que julgava causas trabalhistas da Alemanha, compreendeu que a dignidade humana é a razão de existir e fundamento central do ordenamento jurídico (DA SILVA, 2005).

Posteriormente, mas na mesma década de 50, sobreveio o caso Lüth, que é considerado o marco prático da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares (LIMA, 2008).

O litígio envolveu o cineasta Veit Harlan, a produtora e a distribuidora do seu filme, contra Erich Lüth. O filme de Harlan apresentava viés antissemita, mesmo após a queda do regime nazista. Diante da exibição desse filme, Lüth passou a propagar um intenso boicote contra o filme, o que surtiu o efeito almejado (LIMA, 2008). Ante o insucesso das vendas de bilhetes, o cineasta, a produtora e a distribuidora do filme ingressaram com ação contra Lüth, que foi impedido de continuar a divulgar o boicote, com fundamento na violação aos bons costumes, ilícito previsto no artigo 826 do Código Civil Alemão (BGB) (LIMA, 2008).

A decisão de primeiro grau foi mantida em segunda instância e Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã, que desenvolveu argumentação no sentido de que os direitos fundamentais corporificam uma ordem axiológica objetiva, que irradia efeitos a todas as áreas do direito, inclusive nas relações particulares. Entendeu-se, ainda, que o próprio ato jurisdicional poderia violar o direito fundamental e que o juiz deveria observar os preceitos constitucionais diante de casos particulares, ou seja, mesmo não se tratando da defesa de direitos e liberdades fundamentais perante o Estado (LIMA, 2008).

A Corte Constitucional Alemã acabou por dar provimento ao recurso de Lüth sob o fundamento de que o direito à livre manifestação é um dos direitos humanos mais relevantes, na medida em que se trata da própria expressão humana na sociedade (LIMA, 2008).

É claro que, se suficiente fosse a legislação infraconstitucional à proteção dos direitos fundamentais, não haveria o porquê de se buscar a solução do problema no texto constitucional. O que se sucedeu na instituição da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é que, diante de violações a tais direitos nas relações privadas, foi necessário questionar se a sua oposição ao Estado era eficiente à realização de tais direitos. Ou, de outro lado, considerar-se-

ia que a ausência de proteção desses direitos, nas relações privadas, seria aceitável do ponto de vista da própria finalidade e extensão da norma de direito fundamental.

Tendo por vista que os direitos fundamentais, de matriz constitucional, sobrepõem-se ao restante do ordenamento jurídico, não só o Estado lhe deve respeito, mas também os particulares, porque tais relações se submetem à ordem constitucional, que é a origem e o topo do ordenamento jurídico.

Percebe-se que, nessa concepção, a eficácia dos direitos fundamentais deixa de ser vertical, entre indivíduos e Estado, passando a ser horizontal, ou seja, irradiando-se também às relações particulares, ao Judiciário, enfim, para todas as relações tuteláveis pelo Direito.

Segundo esta doutrina, não há argumento que justifique a exigência de vinculação dos direitos fundamentais somente ao Estado e não lhes atribua idêntico reconhecimento nos negócios particulares, isso porque ambas as relações, quando buscam validade jurídica, assim o fazem orientado em um ordenamento jurídico instituído na constituição.

Também na Alemanha, no mesmo caminho de reforço ao alcance dos direitos fundamentais às relações interprivadas, surgiu a teoria dos deveres de proteção, direcionada por os ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris (2006).

A teoria dos deveres de proteção não acolhe a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Canaris (2006) argumenta que a inserção da obediência dos direitos fundamentais aos contratos acabaria por destruir o direito contratual e extracontratual.

No entanto, embora tecnicamentepositor da teoria da eficácia direta, Canaris (2006) refere que os direitos fundamentais não aceitam uma proteção que seja ineficiente, porque isso significa violá-los e, nessa toada, o Estado, em todas as suas esferas de poder, tem o dever de proteger eficientemente os direitos fundamentais.

É dizer que não se reconhece o dever jurídico de que um contrato tenha de observar dado direito fundamental de forma imediata, mas, caso a questão seja levada ao Judiciário, o Estado-Juiz está vinculado à observância e à proteção deste direito fundamental, de modo que a decisão judicial deve ser no sentido de realizar a sua proteção, com ingerência na relação privada.

Os direitos fundamentais têm a potencialidade de proteger os cidadãos do Estado e de buscar a proteção ao Estado, na hipótese de sua violação, pelo Estado ou por particular, porque o Estado está obrigado à proteção dos seus cidadãos, em todos os âmbitos do poder, inclusive no Judiciário (CANARIS, 2006).

Tanto na teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, como na teoria dos deveres de proteção, o resultado prático é o alcance das relações interprivadas pelos direitos

fundamentais postos na Constituição, sem a necessidade de intermediação legislativa. Com efeito, os direitos fundamentais não se cingem à orientação ou estabelecimento de diretrizes ao Estado para a sua realização, mas afetam de modo direto os direitos subjetivos dos cidadãos.

Do ponto de vista da jurisdição brasileira, o caso paradigmático que, pela primeira vez, assimilou de modo expresso a aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, foi o julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ. A questão se dava acerca da exclusão de um determinado associado da União Brasileira dos Compositores (UBC), por descumprimento do estatuto social. No entanto, no processo de exclusão, reconheceu-se que não foi oportunizada a garantia à ampla defesa, não obstante o estatuto social da UBC nada previsse a esse respeito. No caso, não houve desrespeito a nenhuma previsão preconizada no estatuto acerca do processo de exclusão em si.

As decisões das instâncias ordinárias foram no sentido de anular a punição, justamente por entenderem inobservadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A UBC recorreu ao Supremo Tribunal Federal e sustentou que tais direitos fundamentais não se aplicariam na relação privada, bem como que a UBC não se trata de órgão da administração pública, mas de entidade privada que, assim, se submete ao seu próprio regramento, o que se justifica basilarmente pela autonomia da vontade, norteadora das relações particulares.

A relatora original, ministra Ellen Greice acatou as razões da União Brasileira de Compositores sob a justificativa de que as associações possuem autonomia para estabelecerem seus regramentos próprios, notadamente condizentes com a legislação em vigor e, objetivamente, não compreendeu nenhuma inobservância aos preceitos regulamentares e legislativos aplicáveis. Em voto vista, o ministro Gilmar Mendes abriu a divergência, que acabou por prevalecer.

A ementa do referido julgado, que traz textualmente o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, chama a atenção pelo reconhecimento de que os postulados constitucionais devem ser observados pelas instituições particulares, pois se apresentam como limitações à autonomia da vontade (BRASIL, 2006).

Aponta-se, de forma expressa, que o caso concreto versa sobre sociedade civil sem fins lucrativos e que, ainda que não estatal, pratica atividade de caráter público (BRASIL, 2006).

Sem o intuito de exaurir as razões que justificaram a compreensão pela prevalência da eficácia direta dos direitos fundamentais, nota-se que, principalmente pelo argumento pontuado no parágrafo anterior, que a eficácia direta não ocorre de modo indiscriminado.

No caso concreto, assimilar que a UBC se trata de uma entidade que pratica atividade de caráter público justifica o entendimento jurídico de que alguns princípios constitucionais

irradiam sobre a sua atuação. Em especial, a observância dos postulados do contraditório e da ampla defesa dos seus associados que se sujeitem a processos disciplinares, pois tal direito é inerente ao mesmo procedimento quando realizado na esfera pública.

É dizer que o critério para admitir a eficácia direta, ou não, seria o caráter público? Não. No entanto, esse argumento, em vista aos direitos fundamentais em questão, se justifica pela carga histórica e ontológica do que significa a proteção conferida pelo contraditório e ampla defesa.

Infere-se, assim, que os direitos fundamentais alcançam as relações interprivadas não porque há um desprestígio do Direito Civil ou por perda de força e aplicabilidade da legislação infraconstitucional, mas por entender-se que o campo particular, por mais que os indivíduos se regulem precipuamente de modo autônomo, não se traduz em um campo de livre insurreição à Constituição, de modo que tanto a lei quanto a vontade devem orientar-se por meio do caminho que seja condizente com a proteção aos direitos fundamentais.

1.3 A EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA INSUFICIÊNCIA PARA O CONTEXTO CONSTITUCIONAL ATUAL E PARA A REALIDADE CONTEMPORÂNEA

A proposta teórica acerca da eficácia indireta dos direitos fundamentais compreende que o condicionamento do particular a alguma ordem objetiva de valores, definidos por matriz constitucional, depende da mediação do legislador. Significa dizer que, segundo essa teoria, os direitos fundamentais não são oponíveis diretamente, como direitos subjetivos, nas relações interprivadas (SARLET, 2005a).

Em outras palavras, a aplicação dos direitos fundamentais, no Direito Privado, depende de intermediação legislativa para a sua realização ou proteção.

A doutrina que defende a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais se faz sob o escudo de uma pretensa intangibilidade dos institutos de Direito Civil. A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares de forma imediata, o que faz por meio da compreensão de que há uma dicotomia entre o ordenamento relacionado às relações privadas e a Constituição, como se fossem sistemas jurídicos autônomos e distintos (RODIRGUES JR, 2023).

Contundente crítico da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2023) sustenta a sua oposição no sentido de que o artigo 5º, parágrafo 1º, da CRFB/1988 não orienta a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações

particulares porque, sob um viés sistemático da Constituição Federal, em diversas disposições, o texto cuida de condicionar a eficácia dos direitos para posterior orientação da legislação infraconstitucional, quando diz, por exemplo, que tal direito se condiciona “nos termos da lei”.

Ademais, a própria Constituição Federal teria previsto mecanismos para suprir a necessidade de legislação infraconstitucional o que, segundo o autor, só se justifica diante da admissão de que posterior ação do legislador é necessária à realização dos direitos constitucionalmente programados (RODRIGUES JR, 2023).

Outra crítica direcionada à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares é a de que, tendencialmente, os direitos fundamentais são normas de natureza abstrata, o que daria ao intérprete âmbito discricionário de ação para, no mesmo caminho, resultar em violação à separação dos poderes, pois o juiz, ou administrador, estaria a agir como se legislador fosse (RODRIGUES JR, 2023).

Rodrigues Júnior (2023) articula que o contexto da eficácia direta redundaria em situação de imprevisibilidade jurídica, porque aceita regras com elevado grau de abstração, que transmitiria o papel do legislador, como criador das regras jurídicas, para o juiz.

Como argumento contrário à eficácia direta dos direitos fundamentais, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2023) apresenta algumas hipérboles, dentre as quais apresentamos a conjectura aqui, com o realce de que se trata de hipérboles que se prestam ao fomento do debate. A primeira é a hipótese de que um noivo, inconformado com a desistência do casamento, resolve propor ação contra sua então noiva com o objetivo de reclamar o direito ao contraditório e ampla defesa para o término da relação.

A segunda hipótese é a de um condômino que, no condomínio onde habita, resolve fazer uma festa e convida todos os condôminos, menos um. Então, o condômino excluído ajuíza ação com fundamento nos princípios da solidariedade e da fraternidade, para assim ser convidado.

Este trabalho compreende que a defesa da teoria da eficácia indireta não se sustenta na vigência da Constituição de 1988, pelas razões seguintes.

Acerca do argumento de que a CRFB/1988 expressamente disse, ao propugnar nas normas de eficácia contida, que a sua vigência se fará “nos termos da lei”, é de se observar que tais preceitos são uma exceção constitucional, delimitada e, em contraste com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, se chega justamente à conclusão diversa, pois este dispositivo afirma que as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Ora, se a Constituição disse, para alguns assuntos, que a sua realização depende de delimitação legal e, para as normas encartadas como direitos fundamentais, preconizou a sua

aplicação imediata, o que se aparenta coerente é que as normas de direito fundamentais são aplicáveis desde já.

Não se defende com isso que, da perspectiva do direito à moradia, por exemplo, o Estado tenha que dar casa para todos os desabrigados, uma vez que tal medida esbarra em questões orçamentárias e propriamente da divisão entre os poderes. De outro lado, não se pode olvidar que, nas relações submetidas ao ordenamento jurídico, há de se observar que a Constituição afirma o direito à moradia como fundamental e protege-o.

No que diz respeito à abertura para a discricionariedade que a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares culminaria, responde-se que a eficácia direta dos direitos fundamentais em nenhuma medida se traduz em uma autorização à aplicação indiscriminada do Direito.

Do mesmo modo que a Constituição Federal afirma a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, o texto constitucional impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais, na forma do artigo 93, IX.

Sendo certo que, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, pressupõe-se o Direito com autonomia, não há margem para a justificativa de que as decisões se tomarão com arbitrariedade. Do contrário, há de se concretizar o conteúdo histórico e jurídico do direito fundamental que, no caso concreto, irradia reflexos às relações particulares, para que se construa a solução adequada para o respeito ao direito fundamental condizente com os limites que a autonomia da vontade encontra não só na lei, mas em todo o ordenamento jurídico, inclusive na Constituição.

Posto isso que não faz sentido que, na pretensão de um divórcio, seja observado o direito ao contraditório e ampla defesa, mas, ao mesmo tempo, do ponto de vista constitucional, na exclusão de um associado de associação que exerce atividade parelha à pública, é pertinente a observância ao direito constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A necessidade de proteção aos direitos fundamentais no âmbito privado é uma realidade que, por vezes, não se alcança na velocidade possível, ou conveniente, do legislador infraconstitucional.

Como exemplo da relevância da eficácia direta dos direitos fundamentais em um cenário de complexidades, no Brasil, o aplicativo Airbnb tem provocado debates que geraram divergência entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Em abril de 2023, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.819.075, firmou entendimento, por maioria, no sentido de que pode um condomínio residencial proibir a locação de imóvel, na sua convenção, por meio da plataforma

de aluguel de temporada, tendo em vista o caráter comercial da atividade. Com esse fundamento, determinou que um proprietário deixasse de alugar os apartamentos que eram anunciados como parte de um *hostel*.

Na ocasião do referido julgamento, ficou vencido o Ministro Luís Felipe Salomão, que compreendeu que a vedação, posta em convenção de condomínio, afeta o direito à propriedade, constitucionalmente previsto.

Ainda no ano de 2023, mas dessa vez por unanimidade, a Terceira Turma do STJ julgou o Recurso Especial 1.884.483, no qual um grupo de três proprietários buscavam a declaração de nulidade de cláusula presente na convenção do condomínio, a qual vedava a locação por meio do Airbnb, com fundamento no direito à propriedade que, na visão dos proprietários, autorizava a disposição do bem para finalidade econômica. No julgamento, firmou-se o entendimento de que a convenção condominial pode admitir, ou não, esse tipo de hospedagem.

Prevalece o entendimento de que a autonomia da vontade, nesse caso, sobrepõe-se ao direito de propriedade. Nota-se uma divergência do alcance dos direitos relacionados à propriedade.

A pretensão deste trabalho não é examinar esta questão, em especial, relacionada ao Airbnb, mas, nesse capítulo, mostra-se como que, do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais potencialmente se desarranjam com a legislação infraconstitucional que, no caso concreto, não se concebeu com a intenção de regulamentar o Airbnb e os seus efeitos.

Ou seja, as relações sociais superam a velocidade do legislador.

No contexto do mesmo exemplo, acerca da suficiência da legislação infraconstitucional para a solução dos problemas cotidianos, em artigo publicado na Revista Brasileira de Gestão Urbana, os autores Rafael de Souza e Gisela Leonelli (2021) chamam a atenção para a necessidade de uma nova agenda de pesquisa para estudos urbanos por decorrência do Airbnb.

Souza e Leonelli (2021) afirmam que há a possibilidade de acordos privados relacionados ao exercício do direito de propriedade, acabe por prejudicar o direito social à moradia. Por se tratar de um caminho mais rentável ao investidor imobiliário, o Airbnb tem gerado uma restrição à oferta de moradia aos cidadãos e alterações nas vizinhanças, de modo que os centros passam a se restringir, cada vez mais, à ocupação turística, o que resulta, inclusive, no aumento do custo médio de vida (SOUZA; LEONELLI, 2021).

Em junho de 2022, a Assembleia Municipal de Lisboa aprovou a suspensão de novas licenças para aluguéis por temporada (MIRANDA, 2022), ou curta temporada, notadamente as

conhecidas locações por meio do aplicativo Airbnb, popularizadas mundialmente por oferecerem aos turistas preços mais atrativos que hotéis.

O cenário atual é de um país que, em comparação ao restante do continente europeu, apresenta uma média salarial consideravelmente mais baixa, mas, de outro lado, o preço médio de locação é bem superior à média dos países vizinhos (MIRANDA, 2022).

Um dos fatores que levou à expansão dos imóveis alugados por meio do Airbnb em Portugal foi que, com vistas à atração de investimento estrangeiro, o país passou a conceder cidadania aos estrangeiros que comprassem imóvel a partir de determinado valor.

Muitos estrangeiros, com a intenção de obterem a cidadania europeia, compraram imóveis com o objetivo de investimento, ou seja, ter lucro, e não moradia. O que ocorreu foi que a locação por temporada se mostrou muito mais rentável que a habitual, e, uma vez que tais aluguéis, em sua grande maioria, são ofertados para turistas, que preferem o centro das cidades às periferias, o resultado que se deu foi de redução da oferta, e conseqüente aumento de preço, das locações para moradia, em detrimento da locação por temporada (MIRANDA, 2022).

Em matéria do jornal Diário de Notícias, uma entrevistada ativista afirma que os médicos deixaram de atender em Lisboa por não ser rentável o suficiente, em virtude do elevado gasto com a moradia (SPRANGER, 2023).

Em setembro de 2023, Nova York também passou a proibir a locação por curta temporada (PRESSE, 2023). Um dos motivos para a proibição seria a tentativa do Município de baixar o valor médio de locação, pelas mesmas razões que justificaram a restrição em Lisboa. A cidade de Nova York, altamente turística, estaria passando por um processo de gentrificação, que é o nome dado ao processo de aumento vertiginoso do custo de vida em determinada localidade urbana.

Do ponto de vista transnacional, o Airbnb tem operado intervenções urbanísticas que não tem sido suficientemente alcançadas pelo Poder Público, na medida em que se trata de um fenômeno veloz, mas que o resultado de crise no sistema de moradia só costuma ser percebido quando já se acha em estágio bastante avançado (SOUZA; LEONELLI, 2021).

O cenário que se apresenta é de violação ao direito à moradia, o que não significa que a intervenção do Judiciário seria a solução, mas denota a importância de se manterem as portas abertas do alcance dos direitos fundamentais para que sejam protegidos em todos os aspectos, inclusive nas relações interprivadas.

Vê-se, sob todos os aspectos, os contornos e conseqüências da globalização, compreendida como um alongamento das relações humanas ao redor do mundo, são evidentes, velozes e demandam soluções seja em uma perspectiva pública, como também no âmbito do

direito privado, que, nesse contexto, não pode ser blindado do alcance dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À MORADIA

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA PERSPECTIVA BRASILEIRA

O singelo ato de sair às ruas mostra que a moradia ainda é um problema grave a ser resolvido na sociedade brasileira. É notória a existência de pessoas que, desprovidas de moradias minimamente dignas, ocupam as ruas e a qualidade média das habitações também é algo longe do ideal. Além do mais, grande parte da população vive em favelas, em moradias desatendidas de infraestruturas básicas e mesmo de segurança estrutural das edificações.

Por mais que o exame das políticas públicas de moradia não sejam objeto deste trabalho, é indissociável que o direito fundamental à moradia, que alcança as relações privadas, possui, na sua gênese, a matriz de um direito social. O entendimento da dimensão privada do direito à moradia reclama uma compreensão de como este direito social chegou a ser o que entendemos hoje, notadamente em virtude das peculiaridades da realidade brasileira.

O Brasil foi um país colonizado, as terras que aqui se achavam ocupadas pelos povos originários foram integralmente assumidas como de domínio da Coroa Portuguesa.

A apropriação feita por Portugal tinha objetivo econômico, tanto que o Brasil foi colônia de exploração lusitana e essa mesma sorte empregou-se à utilidade da propriedade, ou seja, a terra era pensada como meio para a obtenção de lucros para o Rei e uma pequena elite econômica.

A Constituição de 1824 não tratou em nenhum capítulo acerca do direito à moradia. Fala-se de direito à propriedade, mas sem o seu delongamento relacionado à função social. A percepção acerca da terra era estritamente patrimonial, com o objetivo de proteger o direito do seu dono.

A despreocupação com a moradia persistiu sob o entendimento não só de constituições liberais, mas de objetivos do Estado que não guarneciam qualquer preocupação com a parte mais carente economicamente da população, que era, e ainda é, a maioria do povo brasileiro.

A primeira vez que a propriedade foi tratada no ordenamento jurídico brasileiro, como objeto de direito, foi por meio da Lei de Terras⁶ de 1850, que passou a admitir a compra das terras devolutas, em razão do poder financeiro, isso em um contexto social na qual a sociedade era composta por nobres, burgueses, índios e escravos (PONTES, 2014).

A intenção era estritamente de conferir segurança jurídica ao patrimônio e a regularização das transações imobiliárias visava, ao tempo em que conferia segurança para os poucos proprietários, afirmar a ilicitude jurídica dos possuidores desprovidos do domínio, na hipótese, os mais pobres.

As mudanças do ponto de vista jurídico em nada significaram avanço na perspectiva de correção das desigualdades sociais. Do contrário, resultaram no aumento do abismo social porque, com a possibilidade de venda das terras do Estado que, porventura, estavam ocupadas por pequenos produtores, ou comunidades, tais propriedades passaram a ser alienadas aos mais ricos, que expulsaram das terras a população que se dedicava à produção nesses locais, mesmo desamparadas do domínio da terra (PONTES, 2014).

Os fatos acima dão forma à urbanização brasileira, caracterizada pela convergência da propriedade na titularidade de uma elite econômica, que recebem a estrutura de urbanização por parte do Estado, ao passo de que, quão melhor tal estrutura, maior a valorização imobiliária e, por consequência, os mais pobres sempre foram, e continuam, a ser, cada vez mais empurrados à periferia.

Na República Velha, período compreendido entre 1889 e 1930, inexistiu qualquer política habitacional minimamente eficaz. As intervenções do Estado se orientavam para a correção de situações graves de insalubridade, por meio de ações sanitárias que em nada tinham por fim a solução do problema de moradia, que sequer era cogitado (BONDUKI, 1994).

Nesse tempo, a economia brasileira resultava em grande medida do agronegócio e, nas cidades, o comércio voltava-se, na sua maioria, à venda da produção agropecuária doméstica. A indústria não tinha a capacidade de absorver os investimentos, de modo que o mercado de aluguéis, arrefecido pela chegada contínua de imigrantes que desejavam trabalhar no agronegócio em expansão, mostrou-se uma opção altamente rentável à elite brasileira, que, diante da absoluta ausência de regulamentação, aproveitou-se da valorização imobiliária para auferir lucros cada vez maiores por condições de moradia muitas vezes inóspitas (BONDUKI, 1994).

⁶ Daniele Regina Pontes (2014) anota que a Lei de Terras é um marco na aquisição tradicional, até então, da propriedade, que se dava por meio da ocupação, da posse e do exercício de fato de poder sobre a terra. Com a Lei de Terras, a aquisição das terras devolutas (do Estado) passou a ser feita por meio da compra e venda.

Passaram a surgir moradias coletivas, precárias, que eram construídas pelos donos de terras e empregadores e ofertadas aos trabalhadores que, sem ter escolha, sobreviviam em condições sub-humanas de moradia (PONTES, 2014).

O alto fluxo migratório foi elementar para a formação do cenário imobiliário do Brasil. Em São Paulo, sede da produção de café, a população cresceu de 40.000 habitantes em 1886 para 580.000 em 1920 (BONDUKI, 1994). Evidentemente, tais pessoas precisaram de moradia.

Em um curto espaço de tempo, espaços que antes eram rurais foram loteados e transformados em zona urbana, fortemente ocupada. Em 1920, apenas 19% dos prédios de São Paulo eram habitados pelos proprietários (BONDUKI, 1994). Ou seja, grande parcela da população era de inquilinos, moravam de alugueis, em um cenário de absoluta ausência de regulamentação estatal de tais relações jurídicas.

O mercado de alugueis não sofria ingerência da regulação estatal, ficava a cargo dos proprietários o estabelecimento do preço e, continuamente, na hipótese de falta de pagamento, que era algo fortemente evitado pelo locatário, que ficaria sem casa, a Constituição e o Código Civil permitiam o despejo até mesmo por denúncia vazia (PONTES, 2014).

Ainda assim, aumentava-se a demanda por moradia; e a falta de ofertas, em um mercado puramente liberal, orientou os que visavam investir para que edificassem construções pequenas, que acumulassem o máximo de locadores no menor espaço possível. Surgiu o cortiço, moradia de operários, que eram cômodos sem instalações de infraestrutura básica necessária à habitação (BONDUKI, 1994).

O fim da República Velha foi um marco na compreensão de que o papel do Estado não se restringe aos interesses liberais. A base de sustentação do novo regime político tinha apoio na classe média que, premida em seu orçamento com grande participação no pagamento de alugueis, logo apresentou o problema da moradia como pauta do governo (BONDUKI, 1994).

Instituída a era Vargas, passa a existir a intervenção do Estado para a produção direta, ou financiamento, de moradias e regulamentação do mercado de alugueis, a exemplo do Decreto-Lei do Inquilinato, que surge em 1942 (PONTES, 2014). Acontece que as ações realizadas pelo Governo Vargas não eram organizadas de forma a serem uma política coerente do Estado, tratava-se de ações esparsas, constantemente descontinuadas, que não foram suficientes para resolver o complexo problema da moradia (BONDUKI, 1994).

O Decreto-Lei do Inquilinato é, do ponto de vista da legislação brasileira, exemplificação da intervenção estatal no mercado e na autonomia da vontade. Tal decreto teve por objetivo instituir o congelamento dos alugueis e regulamentar as relações entre proprietários e inquilinos.

A medida imediatista de congelamento do valor da locação é sintomática do problema social da moradia existente e da necessidade de que a solução perpassasse pelas relações privadas. Como medida populista, que afetava a grande massa de locatários que compunham a maioria da população brasileira, os decretos foram sendo renovados para garantir o congelamento dos preços.

Congelamento de preços, no modelo capitalista, é providência emergencial que não se sustenta por muito tempo. O que ocorreu foi que a moradia deixou de ser um investimento interessante, a população não tinha renda suficiente para prover a sua morada própria, e paulatinamente o interesse na construção de imóveis para a locação foi minguando (BUNDUKI, 1994).

A escassez gerada em virtude da carência de investimentos, oposta ao aumento populacional, tornou o cenário da moradia ainda mais dramático. Sem a possibilidade de aumentarem os aluguéis então congelados, que não acompanhavam a inflação, os proprietários passaram a apostar em medidas injustificadas contra os locatários, para forçar os despejos dos imóveis alugados e, assim, poderiam renegociar a locação para um valor mais atrativo (BUNDUKI, 1994).

O que ocorreu foi que o congelamento não se mostrou uma solução e tampouco preveniu eficazmente o aumento dos preços, porque ocorria o despejo e as pessoas desalojadas, ao buscarem novas locações, se deparavam com valores mais elevados. Na prática, tal medida espantou investidores, e as alocações econômicas em moradia foram reduzidas, o que tornou a habitação ainda mais insuficiente diante de um cenário de crescimento populacional (BUNDUKI, 1994).

Juntamente com a ausência de oferta de moradia digna, o processo crescente de industrialização impulsionava o aumento populacional nas cidades que, diante da ausência estrutural para receber a quantidade de pessoas que chegava, encontrou-se com o aumento do crescimento desordenado das habitações, o que culminou por dar origem às favelas e casas desatendidas por sistema de água potável e esgoto (PONTES, 2014).

Ainda no Governo Vargas, deu-se início à primeira intervenção prática para a produção, em larga escala, de promoção na habitação social. No ano de 1937, criaram-se as carteiras prediais dos Institutos de Aposentadoria e Pensões e a instituição da Fundação da Casa Popular, em 1946 (BUNDUKI, 1994).

Bunduki (1994) entende que a produção estatal de moradias é o primeiro reconhecimento estatal de que a questão da moradia não é passível de se resolver com

exclusivamente com o investimento privado. O Estado passa a reconhecer que a questão social da moradia pede, de modo imprescindível, a intervenção do poder público.

O cenário de déficit habitacional passou a ser pauta da sociedade, de modo que, após a Era Vargas, o Governo Militar criou, já no primeiro ano de poder, o Sistema Financeiro Habitacional (SFH), que consistia em um mecanismo para captação de poupança para a finalidade específica de atualizar os saldos devedores e prestações de financiamento imobiliário de modo a viabilizar a aquisição de moradia, principalmente por aqueles que tinham renda de 1 a 3 salários-mínimos (PONTES, 2014).

A partir de 1966, o FGTS, através do SFH, passou a ser a principal fonte de financiamento da habitação do país, contudo, a política que foi pensada para beneficiar os mais pobres, acabou por favorecer as classes média e alta, pois, considerando que o FGTS tem origem em uma relação regular de trabalho, ficaram de fora os que estavam na informalidade, que são os mais pobres do país (PONTES, 2014).

Como a principal fonte de receita do SFH foi o saldo dos trabalhadores de FGTS, que, a partir de 1966, passou a ser a principal fonte financiadora da habitação do país, permaneceu-se o problema da falta de democratização do acesso à moradia, porque, diante da ausência de alguma política que viabilizasse a aquisição da casa própria aos cidadãos de baixa renda, as classes alta e média foram as favorecidas com as medidas (PONTES, 2014).

Diante do insucesso da pretensão inicial com a instituição dos programas habitacionais, que era resolver o problema de moradia da maioria da população, que são os mais pobres, o Banco Nacional de Habitação foi extinto em 1980 (PONTES, 2014).

Por tudo que se apresentou até agora, nota-se que a moradia reflete a desigualdade social sempre tão gritante em nossa sociedade. Na medida em que os programas habitacionais propiciaram financiamentos que, embora justificados aos mais pobres, atenderam à parcela mais rica da população.

No mesmo caminho, as ações de promoção de infraestrutura de energia, acesso à água potável, bem como todas as outras que se relacionem à urbanização, promovidas pelo Estado, sempre se voltaram às áreas regulares de moradia que, por consequência, geravam uma valorização imobiliária na localidade, o que afastava os mais pobres da possibilidade de ali terem a sua morada.

No governo Fernando Henrique Cardoso, instituiu-se o Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257 de 2001, que se traduz em uma verdadeira carta de intenções do Estado para a concretização do direito social à moradia.

O Estatuto da Cidade pode ser compreendido como um marco inicial para o atendimento da moradia como uma política pública. No artigo 2º do Estatuto da Cidade, em suas diretrizes básicas, afirma-se o direito à moradia juntamente ao direito ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, juntamente com o dever de cooperação entre os governos e a iniciativa privada no processo de urbanização, com o atendimento ao interesse social.

Percebe-se que o direito à moradia não significa mero teto para a morada, ou espaço destinado ao uso privado. Há o preenchimento do direito à moradia com a percepção das necessidades humanas básicas, inerentes à realidade contemporânea que se apresenta e o que se espera de uma moradia nesse contexto.

No entanto, por mais que o Estatuto das Cidades traga qualidade à moradia, esquece-se que, no Brasil, a propriedade é um privilégio de poucos, de modo que o investimento público estrutural, desacompanhado de políticas de aquisição de propriedade para os mais pobres, culmina por gerar o aumento do valor da locação em detrimento dos menos favorecidos economicamente.

Tal realidade depara-se com alguma solução no primeiro governo do presidente Lula que, em 2002, inaugura o Ministério das Cidades, o que corrobora com a importância do tema das cidades, a ser pensada como política pública.

Em 2009, por meio da Lei 11.977 de 2009, inicia-se o Programa Minha Casa Minha Vida, que tinha por objeto realizar o direito à moradia, com a construção de casas populares, ao tempo em que pretendia a regularização das moradias irregulares, com robustos incentivos às construtoras, seja para o financiamento da obra, ou mesmo para a aquisição das áreas, muitas vezes do Estado, para a realização de moradia popular.

O contexto tinha como plano de fundo o Estatuto da Cidade e prestigiava, de modo expresso, as famílias residentes em área de risco, locais insalubres, desabrigadas, ou que perderam a moradia em virtude de eventos naturais.

A Lei do Programa Minha Casa Minha Vida estabelece critérios para a concessão do financiamento com base na renda, para que os benefícios do programa se destinem aos mais carentes.

Nesse programa habitacional, quanto menor a renda, maior o subsídio ofertado pelo Governo Federal. Há, também, limitação à renda familiar máxima, como critério de participação no programa, de modo a garantir que o programa de moradia efetivamente se destinará aos mais necessitados (ANTUNES, 2019).

Percebe-se que, por mais que existente um programa de concessão de moradia que, em termos reais e práticos, beneficiou a população mais carente com a construção de mais de 10 milhões de casas populares, a estrutura das cidades permanece excludente, o preço médio do aluguel continua a corresponder a parte significativa da renda familiar, aproximadamente 30%, e há excesso de pessoas coabitando a mesma residência (ANTUNES, 2019).

Estrutura excludente se diz porque os locais mais guarnecidos de condições adequadas de moradia situam-se, historicamente, nos centros, que são alvo de maior valorização imobiliária e, em um país pobre como o Brasil, tal circunstância empurra a população para as periferias.

Prova disso é que o Censo 2022 (SANTOS, et al., 2024) afirma que 1 a cada cinco imóveis do centro de São Paulo está desocupado, enquanto as favelas estão repletas e, nos centros, é notória a quantidade de pessoas que mora nas ruas.

Dados do IBGE⁷ indicam que, em São Paulo, 12,91% das moradias se situam em Aglomerados Subnormais de moradia, que é uma definição que se encaixa ao conceito notório de favela. São moradias que, do ponto de vista jurídico da propriedade, são irregulares pois não há registro formal e que não contam com infraestrutura básica de serviços públicos essenciais, como saneamento básico e iluminação.

O mesmo estudo mostra que a precarização de moradia ocorre de modo mais intenso em cidades pequenas, a exemplo de Vitória do Jari, no Amapá, onde 74% das moradias são classificadas como Aglomerados Subnormais.

Ou seja, a precarização do direito à moradia não é um fenômeno que afeta as grandes cidades, é uma realidade em todo o país que, de modo mais gravoso, afeta as regiões mais pobres e mais remotas.

O diagnóstico que se apresenta é que o direito à moradia ainda é algo distante para os mais pobres. Historicamente, a propriedade, notório pilar do Estado Liberal, serviu aos interesses de uma elite e a percepção de que o problema da moradia demanda ações positivas do Estado é recente. Por mais que em âmbito insolúvel com o das políticas públicas, esse é o contexto que se insere o direito à moradia nas relações privadas: a propriedade é um privilégio das elites econômicas e a infraestrutura que qualifica a moradia, como adequada à existência humana, é algo que, embora presente no ordenamento jurídico, está longe de alcançar a maioria da população.

⁷ IBGE. **Agglomerados Subnormais 2019: Classificação preliminar e informações de saúde para o enfrentamento à COVID-19.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_notas_tecnicas.pdf> Acesso em 24 mai. 2024.

2.2 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Do ponto de vista do direito positivo, a primeira vez que o direito à moradia se consagrou nas constituições ocorreu nos textos tipicamente sociais, a exemplo da Constituição do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). Na perspectiva internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, trouxe consignado o direito à moradia, especificadamente no artigo XXV, que menciona o direito à habitação (SARLET, 2003).

Na legislação brasileira, a assimilação expressa ao direito à moradia veio em 1966, por meio da ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Sociais.

O seu conteúdo gradativamente foi sendo preenchido por outros tratados internacionais, a exemplo da Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, de 1976, e a Declaração de Istambul de 1996 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996), que afirmam o direito à moradia como direito de realização progressiva, além de apresentarem de forma detalhada o conteúdo e a extensão do direito à moradia, trazendo conceitos relacionados à moradia adequada, bem como relacionando esses às responsabilidades dos Estados (SARLET, 2003).

O Programa *Habitat*, anexado à Declaração de Istambul de 1996 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996), afirma que o direito à moradia não se realiza simplesmente com a viabilização de um teto para se abrigar, mas demanda a disposição de lugar privado com acessibilidade, segurança, espaço suficiente, garantia de proteção à sua posse, higidez estrutural, iluminação, aquecimento e ventilação suficientes, além de infraestrutura de cidade que tenha saneamento, recolhimento de lixo, água encanada e salubridade.

Do ponto de vista constitucional, a menção ao direito à moradia sobreveio por meio da Emenda Constitucional 26 de 2000, muito embora para Ingo Sarlet (2003) já fosse possível extrair da dignidade da pessoa humana o direito à moradia como indissociável, em sua dimensão positiva, pois a disposição de um alojamento decente é condição para a existência humana digna.

Dizer que o direito à moradia deflui da dignidade da pessoa humana, seja na condição de um direito de defesa, ou na perspectiva prestacional, de exigir uma ação positiva por parte do Estado, significa assimilar que tal direito fundamental social busca proteger e prover a pessoa das suas necessidades de ordem material que lhe garanta uma existência digna para a própria habitação (SARLET, 2003).

Ingo Sarlet (2003) pontua que a CRFB/1988 não especifica o conteúdo material do direito à moradia, o que, do ponto de vista sistemático no âmbito constitucional, reclama a sua relação com outros direitos fundamentais, em especial o de propriedade e da dignidade humana.

A construção do conteúdo do direito à moradia, relacionando-a aos direitos que contribuem com a construção do seu significado, possui respaldo no texto constitucional por força do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição, que assegura a aplicabilidade imediata das normas que tratam sobre direitos fundamentais (SARLET, 2003).

Certo é que o direito de propriedade não se confunde com o de moradia. Embora a moradia se realize na propriedade, há direito a moradia quando não há propriedade, mas, por mais que sejam direitos distintos, esses se relacionam indubitavelmente, ainda mais quando se tem em vista a função social da propriedade, que, juntamente com a dignidade da pessoa humana, refletem o viés social do nosso texto constitucional e afastam o viés absoluto do direito de propriedade (SARLET, 2003).

Nas situações complexas do cotidiano, o direito à moradia pode acabar sobrepondo o direito à propriedade, o que acontece com alguma frequência nas relações de vizinhança, quando a disposição da propriedade é mitigada em razão da sua compatibilização com uma vida digna e saudável da coletividade (SARLET, 2003).

Ingo Sarlet (2003) entende existente uma dimensão do direito à moradia como direito de defesa e de ordem positiva, no sentido de o Estado ter deveres de ações positivas para a implementação de tal direito social, para que todos os cidadãos tenham uma morada digna e adequada à realização das atividades humanas cotidianas.

Ingo Sarlet (2003) defende que a prestação negativa do direito à moradia não depende de norma de intermediação para a sua eficácia plena, o que faz com sustento no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, porque, ao se tratar de direitos, liberdades e garantias, a falta ou insuficiência da lei para a realização da norma constitucional, vale como um indicador da exequibilidade imediata, de modo que os Juízes e demais aplicadores do direito têm o dever de concretizar tal preceito constitucional com a definição do seu conteúdo por meio das regras hermenêuticas.

Assim como os outros direitos fundamentais, o direito à moradia não é um direito absoluto, e isso se mostra claro nas hipóteses de desapropriações, na desocupação de uma área de proteção ambiental por prestígio a um outro direito fundamental e, ainda com maior clareza, nas hipóteses em que a legislação admite a penhora até mesmo de bem de família para a quitação de dívidas (SARLET, 2003).

No mais, a unicidade do ordenamento jurídico reclama a interpretação de que o direito à moradia tem seu significado preenchido com consideração aos tratados internacionais que, em seus dispositivos, apontam que devem ser considerados os parâmetros mínimos e indispensáveis para uma vida saudável, com bem-estar físico, mental e social (SARLET, 2003).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, no parágrafo primeiro do artigo 25º, que toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família bem-estar, habitação, e à segurança em caso de desemprego, doença, viuvez, velhice (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em 1966 o Brasil assinou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, no artigo 11, parágrafo 1º, estabelece que todas as pessoas têm direito a um nível de vida suficiente para si e suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e moradia suficiente, bem como devem ter constante melhoria dessas condições (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Ingo Sarlet (2003) aponta que o regramento internacional dá substância ao direito à moradia para, em síntese, garantir o seguinte:

- a) segurança jurídica para a posse;
- b) disponibilidade de infraestrutura básica que garanta saúde, segurança e conforto;
- c) as despesas com a moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- d) a moradia deve propiciar uma habitabilidade eficaz, especialmente no que diz respeito à segurança física da habitação;
- e) há de se propiciar mobilidade e acesso, em especial aos portadores de deficiência;
- f) a moradia deve localizar-se em local que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;

Do ponto de vista constitucional, o que se estabelece é que o direito à moradia possui grande interação com o direito à propriedade e busca significado no superprincípio da dignidade humana.

O fim da dignidade humana, já anunciado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, surge no constitucionalismo no momento pós-guerra, na Alemanha, que fortemente influenciou o direcionamento dos direitos fundamentais em nossa constituição (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Otto Bachof, Juiz do Tribunal Estadual de Baden-Württemberg, enunciou que não basta que se garanta apenas a liberdade, mas um mínimo de segurança social e a propiciação de recursos materiais que minimamente garantam uma existência digna, de modo que é necessário,

para a realização da dignidade humana, não só abstenções, mas posturas ativas por parte do Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Daniel Sarmento (2016) pontua que, diferentemente do contexto alemão, que não guardava no texto constitucional o que deveria ser o patrimônio mínimo necessário à existência digna, a Constituição de 1988 traz, de modo expresso, a definição dos direitos e garantias fundamentais que devem ser garantidos ao cidadão.

Pragmaticamente, o mínimo existencial se traduz nas condições materiais mínimas a uma vida digna e o direito à moradia, indicado na Constituição como um direito fundamental, insere-se nesse contexto.

É evidente que a previsão constitucional, por si, não garante moradia para todos os cidadãos. No entanto, na perspectiva de um mínimo existencial, o Estado tem o dever de prover políticas públicas que promovam a moradia e, do ponto de vista das relações particulares, a relação entre o direito à moradia e o mínimo existencial preserva o direito à moradia como uma reserva a ser inatingível, com vistas à proteção do direito do sujeito.

Do ponto de vista infraconstitucional, o Estatuto da Cidade, que é a Lei 10.257 de 2001, acolhe as diretrizes acima para direcionar o conceito de conceito social da propriedade ao encontro do direito à moradia e estabelecer princípios para o ordenamento urbanístico, especialmente quando aponta expressamente no artigo 2º, inciso I, que a política urbana de desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana têm por princípios o direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer (BRASIL, 2001).

O debate acerca da dimensão prestacional dos direitos fundamentais, e a judicialização para a realização, sempre chama atenção para o princípio da separação dos poderes, porque não cabe ao Judiciário a realização de políticas públicas e, ainda, a intervenção pode culminar em prejuízos ao planejamento orçamentário dos poderes competentes para tanto.

No entanto, o debate não é simplório, ainda mais quando não podemos perder de vista que a nossa Constituição, concebeu diversos direitos sociais que não se resumem a uma carta de intenções, mas afeta verdadeiramente a vida das pessoas.

As premissas acima orientam a conclusão de que o direito à moradia, sob um viés sistemático e histórico do ordenamento jurídico, possui a aptidão para irradiar sobre as relações privadas, porque a situação da moradia tem interação com negócios jurídicos privados e a construção do conteúdo deste direito inicia-se com a proteção de um mínimo existencial, que deve ser respeitado pelas relações interprivadas.

A moradia há de ser adequada e de atender às necessidades humanas, tanto pela sua relação com o mínimo existencial, como também em virtude das diretrizes de infraestrutura e finalidades da morada que se delineiam a partir do Estatuto das Cidades.

Ainda em relação à sua dimensão privada, a posse do morador merece proteção, porque assim assimilado pelos tratados internacionais mencionados no corpo deste capítulo, que buscam garantir que o sujeito não perderá abruptamente a sua morada.

3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1 A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DECISÕES

A Metodologia de Análise de Decisões, aqui também denominada de MAD, consiste na apresentação de um protocolo para a organização e compreensão, de forma científica, das razões que orientam o processo decisório.

Não se trata de um estudo de caso ou de análise da jurisprudência. A MAD se difere do Estudo de Caso porque, neste, o pesquisador realiza um exame exaustivo de uma decisão, ou de um grupo de decisões, para entender as múltiplas variáveis envolvidas no caso concreto. A ideia, no estudo de caso ou mesmo em uma análise de jurisprudência, é que o pesquisador compreenda as razões que levam a dada conclusão (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

O Estudo de Caso compreende um estudo aprofundado de diversas decisões com o objetivo de explorar as variáveis nela envolvidas, em um cenário de múltiplas variáveis, ou de caso único, que é o caso (FREITAS FILHO; LIMA, 2010). No Estudo de Caso, o objetivo é a compreensão, por parte do pesquisador, das circunstâncias que determinaram a ocorrência de determinado resultado (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Embora a MAD e o Estudo de Caso tenham características semelhantes, a Metodologia de Análise de Decisões se distingue em virtude dos procedimentos, dos objetivos e da instrumentalização teórica (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Na MAD busca-se compreender o que leva o Poder Judiciário a decidir de determinada forma, mas, distintamente do Estudo de Caso, se faz com o direcionamento de um protocolo que organize as decisões de modo a apresentar resultados apreciáveis e comparáveis, com vistas à compreensão das variantes que justificam o processo decisório (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

A pesquisa em questão se faz com base no banco de jurisprudência disponível na internet no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios⁸, o lapso temporal escolhido é o ano de 2023, compreendido de 20 de janeiro de 2023 até 20 de dezembro de 2023⁹.

É certo que, por meio dessa pesquisa empírica e exploratória, não há como exaurir a questão, ou dizer que, durante tal lapso, todos os casos que versam sobre o direito à moradia foram filtrados, pois é possível que algum acórdão, por mais que materialmente trate do direito à moradia, não traga textualmente a expressão “direito à moradia”.

A análise da jurisprudência, por meio da busca informatizada, possui tal limite, que reside no fato de que a pesquisa se orienta pelas palavras que, por equivalência semântica, podem se apresentar por diversos sinônimos e, assim, não serem alcançadas pela busca em questão.

O que pode ser dito é, em consonância com o protocolo que ora se apresenta, todos os acórdãos serão examinados e apresentada a razão decisória que justifica o uso, ou não, da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais quando se trata do direito à moradia.

Compreende-se que a eficácia é direta quando, embora o Tribunal assuma que a regra positivada na legislação infraconstitucional, indicaria caminho diverso, toma a decisão em contrariedade à lei ordinária para atender o direito fundamental à moradia, disposto na CRFB/1988.

Entende-se que a eficácia é indireta, quando, ainda que em prestígio ao direito à moradia, a decisão possui como razão de decidir a regra infraconstitucional.

Com essas premissas, a intenção é apresentar o viés prático da admissão da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais quando se tem por perspectiva o direito à moradia.

Explica-se, adiante, o método estabelecido na MAD, que consiste em três momentos.

No primeiro momento deste trabalho, se fez a pesquisa exploratória, de modo a se apresentar a bibliografia do tema. Põe-se como ponto de partida da discussão da eficácia dos direitos fundamentais, a constitucionalização do direito civil e o direito à moradia.

O segundo momento é nominado de recorte objetivo, que se faz com a identificação de um problema relevante. No caso, o recorte objetivo é a eficácia direta do direito à moradia nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que tratam de litígios entre

⁸ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios disponibiliza uma ferramenta pública para a busca dos seus acórdãos, o acesso pode ser feito diretamente pela página do Tribunal, que é <http://www.tjdft.jus.br>, através da aba “Jurisprudência, Notas CIJDF e Precedentes”, ou por meio do link direto <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>.

⁹ Faz-se o recorte de datas dessa forma em virtude do expediente forense do Tribunal que, orientado pelo artigo 220, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil estabelece que, fora do período em questão, não podem ser realizadas sessões de julgamento.

particulares. O segundo momento direciona a pesquisa para uma vista prática, para examinar como o TJDFT aplica a teoria da eficácia direta do direito fundamental à moradia, ou não aplica, nas relações interprivadas.

Na terceira fase, faz-se o recorte institucional, que se caracteriza pela eleição do órgão decisor que será alvo da pesquisa. No caso em questão, estudaremos os julgados do TJDFT, pelo período de um ano, que relacionem o termo “direito à moradia” a qualquer dos institutos de direito privado, que serão delineados em tabela própria, que conterá: número de registro do acórdão; data do julgamento; órgão julgador; instituto de direito privado sob exame; teoria da eficácia direta ou indireta; razão de decidir que justifica, ou afasta o uso da teoria.

A pesquisa tomará por objeto acórdãos, de modo que se excluem as decisões monocráticas, bem como se excluem as que tratam de direito público, uma vez que o objetivo desse trabalho é o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Da busca por “direito à moradia”, foram localizados 1.454 acórdãos, sem o recorte do tempo.

O recorte temporal (20 de janeiro de 2023 a 20 de dezembro de 2023) reduziu o objeto de exame para 72 acórdãos, dos quais uma grande maioria trata de direito público, especialmente de ações com a intenção de regularização de imóveis situados em terras públicas.

Todos os acórdãos que não tratavam de demandas entre particulares foram descartados, de modo que os acórdãos que mencionam “direito à moradia” e correspondem a litígios privados, nesse recorte, correspondem a 29, os quais são listados em tabela anexa.

Dos 29 acórdãos, 21 tratam sobre o instituto jurídico da penhora, 1 sobre doação, 2 sobre reintegração de posse, 1 acerca de reparação de danos, 3 sobre direito real de habitação e 1 sobre imissão na posse.

Dos acórdãos, 6 demonstram, na prática, a teoria da eficácia direta do direito fundamental à moradia, ao passo de que 23, embora mencionem o direito fundamental à moradia, sustentam a decisão com base na legislação infraconstitucional.

As decisões que são classificadas na teoria da eficácia indireta afastam a aplicação do direito fundamental com a justificativa de que o direito à moradia não é absoluto e que, portanto, a legislação infraconstitucional pode estabelecer limitações a esse.

As hipóteses que aplicam a teoria da eficácia direta são as seguintes:

- a) mitigação do conceito formal de propriedade para estender a sua proteção ao sujeito que tem o imóvel como sua moradia;
- b) permitir que bem imóvel fruto de doação, que se prestava à moradia, se comunique à partilha em inventário;

- c) alargar a proteção da impenhorabilidade destinada ao imóvel para os proventos da locação de único imóvel;

De outro lado, o TJDFT compreendeu que, em que pese suscitado, como matéria de defesa, o direito fundamental à moradia, este não irradia reflexos sobre as relações interpretadas nas seguintes hipóteses:

- a) ausência de comprovação de que o bem reveste-se da proteção do bem de família por ausência de prova de que se trata de imóvel único destinado à residência;
- b) mesmo caracterizado tratar-se de bem de família, é imóvel de fiador, hipótese que a lei autoriza a constrição;
- c) uso como reforço argumentativo, mas, para a resolução da lide, basta a legislação infraconstitucional.

As hipóteses acima serão delineadas individualmente nos tópicos seguintes, juntamente com o cotejo aos julgados, de modo a especificar e viabilizar a compreensão das dimensões do direito à moradia, bem como o porquê de alguns institutos de direito privado se curvarem à eficácia direta, conquanto outros institutos relativizam o direito à moradia.

3.2 OS JULGADOS DO TJDFT ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

Apresenta-se a Tabela 1 com o resumo que guiará a exposição seguinte. A tabela expõe o número do acórdão, a data do seu julgamento no ano de 2023, o instituto jurídico que está sob julgamento e se o direito à moradia se projeta diretamente às relações particulares (teoria da eficácia direta), ou se assim o faz por intermédio da legislação infraconstitucional (teoria da eficácia indireta).

Tabela 1. Acórdãos que tratam do Direito à Moradia nas relações particulares no TJDFT em 2023

Acórdão	Data*	Órgão	Instituto Jurídico	Teoria da Eficácia	Justificativa para a irradiação, ou não, do direito fundamental à moradia à hipótese sob julgamento
1663192	8/2	7ª TC	Reintegração na posse	Indireta	Por mais que se apresente como fundamento o direito à moradia, nega-se o direito à reintegração na posse sob a razão de que o feito precisa ser instruído porque não há prova do esbulho e, diante da ausência da prova, é que a reintegração de posse é indeferida. Nesse caso, o direito à moradia é utilizado como reforço argumentativo.

1678045	21/3	8ª TC	Penhora	Indireta	Admite-se que o imóvel é impenhorável, nos termos da legislação infraconstitucional, menciona-se o direito à moradia, como justificativa da lei para evitar a penhora, mas, para proteger o direito do credor, admite-se o registro da penhora, com a vedação à expropriação.
1680969	22/3	7ª TC	Penhora	Indireta	A decisão compreende que não há provas, no processo, que demonstrem que o imóvel penhorado é a única propriedade residencial utilizada como moradia, ou que, alugado a terceiros, a renda se reverte a sua subsistência. Desse modo, a proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009 de 1990, não recai sobre o bem.
1680976	22/3	7ª TC	Penhora	Indireta	A decisão compreende que não há provas, no processo, que demonstrem que o imóvel penhorado é a única propriedade residencial utilizada como moradia, ou que, alugado a terceiros, a renda se reverte a sua subsistência. Desse modo, a proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009 de 1990, não recai sobre o bem.
1683026	23/3	4ª TC	Penhora	Indireta	O julgado reconhece a impenhorabilidade de imóvel que possui proprietários em condomínio, assentado no direito à moradia, em que pese a existência de múltiplos proprietários. O fundamento jurídico do direito à moradia é mencionado, mas não como causa de decidir, pois a decisão tem substrato na legislação infraconstitucional, que não faz distinção entre os imóveis de múltiplos proprietários e os que são de propriedade individual.
1682289	23/3	3ª TC	Penhora	Indireta	A decisão compreende que não há provas, no processo, que demonstrem que o imóvel penhorado é a única propriedade residencial utilizada como moradia, ou que, alugado a terceiros, a renda se reverte a sua subsistência. Desse modo, a proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009 de 1990, não recai sobre o bem.
1707937	25/5	3ª TC	Penhora	Indireta	A decisão compreende que não há provas, no processo, que demonstrem que o imóvel penhorado é a única propriedade residencial utilizada como moradia, ou que, alugado a terceiros, a renda se reverte a sua subsistência. Desse modo, a proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009 de 1990, não recai sobre o bem.
1709529	7/6	1ª TC	Direito Real de Habitação	Indireta	Embora mencionado o direito à moradia, a razão de decidir se funda no regramento infraconstitucional do instituto do Direito Real de Habitação.
1714924	13/6	8ª TC	Penhora	Indireta	Admite-se que o imóvel é impenhorável, nos termos da legislação infraconstitucional, menciona-se o direito à moradia, como justificativa da lei para evitar a penhora, mas, para proteger o direito do credor, admite-se o registro da penhora, com a vedação à expropriação.
1716734	14/6	6ª TC	Penhora	Direta	O acórdão reconhece a impenhorabilidade de imóvel que pertence à pessoa jurídica de pequeno porte, em detrimento da autonomia patrimonial e da própria legislação que, em nenhum dispositivo, autoriza a concessão da proteção para pessoas jurídicas. O fundamento do alargamento da proteção é justamente o direito à moradia, que, no caso concreto, se faz em cenário de confusão patrimonial. É citado expressamente o texto constitucional como razão de decidir.
1729460	13/7	5ª TC	Direito Real de Habitação	Indireta	Garante-se ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação para que continue a residir no imóvel que ocupava durante a união estável. Hipótese que, embora mencione o direito à moradia, se resolve integralmente pelo artigo 1.831 do Código Civil.

1733441	19/7	2ª TC	Penhora	Indireta	O acórdão analisa se o saldo remanescente de leilão extrajudicial de imóvel deve ser destinado ao devedor. Embora se mencione o direito à moradia, nega-se a sua vigência e a impenhorabilidade justamente porque não ficou demonstrado que o bem se revestia das características do bem de família, notadamente por não haver prova de que era a única moradia de propriedade do devedor.
1740464	3/8	3ª TC	Penhora	Indireta	O acórdão entende que não existe no processo elementos que demonstram que o imóvel penhorado é a única propriedade residencial e utilizada como moradia, ou que, alugado a terceiros, a renda se reverte a sua subsistência, a proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009 de 1990, não recai sobre o bem.
1741054	8/8	8ª TC	Penhora	Indireta	O acórdão admite que o imóvel é impenhorável, nos termos da legislação infraconstitucional, menciona o direito à moradia, como justificativa da lei para evitar a penhora, mas, para proteger o direito do credor, admite o registro da penhora, com a vedação à expropriação.
1747861	22/8	8ª TC	Penhora	Indireta	Admite-se que o imóvel é impenhorável, nos termos da legislação infraconstitucional, menciona-se o direito à moradia, como justificativa da lei para evitar a penhora, mas, para proteger o direito do credor, admite-se o registro da penhora, com a vedação à expropriação.
1745682	23/8	2ª TC	Penhora	Indireta	Pede-se a penhora de bem de família em virtude do elevado valor da avaliação do imóvel. A penhora é rejeitada diante da previsão legal de impenhorabilidade, que possui previsão infraconstitucional. O direito à moradia é mencionado apenas como objeto de preservação da lei.
1750381	24/8	3ª TC	Penhora	Indireta	Rejeita-se a penhora porque se demonstrou que o imóvel era o único imóvel utilizado como moradia, hipótese já prevista em lei para a conferência da impenhorabilidade. O direito à moradia é utilizado apenas como reforço argumentativo, pois a questão se resolve no âmbito infraconstitucional.
1750498	24/8	3ª TC	Direito Real de Habitação	Indireta	Garantiu-se ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação para que continue a residir no imóvel que ocupava durante a união estável. Hipótese que, embora mencione o direito à moradia, se resolve integralmente em virtude do artigo 1.831 do Código Civil.
1756708	6/9	6ª TC	Penhora	Indireta	Afasta-se o fundamento reclamado do direito à moradia para manter a penhora de imóvel residencial de fiador de contrato de locação, conforme previsto no regramento infraconstitucional.
1754624	13/9	2ª TC	Penhora	Indireta	Afasta-se o fundamento reclamado do direito à moradia para manter a penhora de imóvel residencial de fiador de contrato de locação, conforme previsto no regramento infraconstitucional.
1764479	27/9	7ª TC	Reparação de danos	Indireta	Embora o acórdão mencione o direito à moradia, a condenação nos danos morais e materiais é lastreada na legislação infraconstitucional que, por si, é exauriente à hipótese.
1765684	28/9	3ª TC	Penhora	Indireta	Rejeita-se a penhora porque se demonstrou que o imóvel era o único imóvel utilizado como moradia, hipótese já prevista em lei para a conferência da impenhorabilidade. O direito à moradia é utilizado apenas como reforço argumentativo, pois a questão se resolve no âmbito infraconstitucional.
1772824	17/10	8ª TC	Penhora	Direta	Reconhece-se a impenhorabilidade de bem de família, a despeito das hipóteses previstas na Lei 8.009 de 1990, para estender a proteção ao imóvel que, sendo o único de propriedade familiar, é utilizado como fonte de renda (locação).

1797990	9/11	3ª TC	Penhora	Direta	Apesar de o devedor não ter se desincumbido do ônus de comprovar que mora no imóvel (obrigação que lhe cabe nos termos da Lei 8.009 de 1990), entendeu-se, com fundamento no direito à moradia, em favor de sua impenhorabilidade porque existentes nos autos elementos de que o imóvel seria o único de sua propriedade.
1784943	9/11	3ª TC	Penhora	Indireta	Entendeu-se que, para que o bem seja coberto pela impenhorabilidade, deve o devedor demonstrar que se trata da única moradia permanente da entidade familiar, conforme preconiza a Lei 8.009 de 1990.
1797525	14/11	6ª TC	Doação	Direta	Admite-se que imóvel doado em programa de assentamento de população de baixa renda integre o patrimônio partilhável, comunicando o bem ao patrimônio adquirido durante a união estável, com fundamento no direito à moradia, superando o regramento infraconstitucional positivado que expressamente afirma a incomunicabilidade da hipótese.
1787806	16/11	2ª TC	Penhora	Indireta	Admite-se a penhora de bem de família de fiador, conforme previsto no art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009. No caso concreto, o argumento da parte para afastar a penhora é de que se trata de único bem do casal, que é utilizado para locação, como única fonte de renda. O voto condutor afirma que a proteção do bem de família se faz não pela família em si, mas pelo direito à moradia, que se relaciona à dignidade humana, mas, mesmo assim, consigna que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que tal hipótese de afastamento da impenhorabilidade não viola o direito fundamental à moradia.
1796417	30/11	3ª TC	Reintegração de posse	Direta	Com único fundamento expresso no direito à moradia, indeferiu-se o pedido de reintegração de posse, formulado pelo proprietário, para que instrução processual avalizasse qual o melhor direito sobre a posse do imóvel.
1668847	1/3	6ª TC	Imissão na posse	Direta	A decisão possui como fundamento jurídico a necessidade de melhor instrução para obstar o pedido de imissão na posse dos proprietários, justifica a excepcionalidade com fundamento no direito à moradia do atual possuidor do imóvel.

* Data de julgamento no ano de 2023

* TC = Turma Cível

3.3 OS JULGADOS DO TJDF ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS QUE ADMITEM A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da tabela exposta, pode-se perceber que 5 julgados que expressamente utilizam o direito à moradia como fundamento para decidir em detrimento da legislação infraconstitucional aplicável, isso significa dizer que mitigam o que está objetivamente disposto na lei ou no contrato, para fazer prevalecer o direito fundamental à moradia. Existem 4 justificativas distintas nesta categoria, que são as seguintes:

- a) admitir que a proteção do imóvel de bem de família se estende ao imóvel de titularidade de pessoa jurídica, é o que se verifica no acórdão 1716734

- b) a mitigação do conceito formal de propriedade para estender a sua proteção ao sujeito que tem o imóvel como sua moradia, que é identificada nos acórdãos 1716734, 1797990, 1796417, 1668847;
- c) o imóvel oriundo de doação, que se prestava à moradia, comunica-se com a partilha para proteger a moradia de cônjuge sobrevivente, em regime de comunhão parcial de bens, que se percebe no acórdão 1797525;
- d) para alargar a proteção da impenhorabilidade destinada ao imóvel para os frutos da locação de imóvel único de propriedade do devedor, razão de decidir extraída do acórdão 1772824;

Adiante se apresentará o estudo de cada um dos acórdãos, por meio da Metodologia de Análise de Decisões, o que resultará na identificação dos argumentos e na densificação da razão de decidir.

3.3.1 Admitir que a proteção do bem de família se estende ao imóvel de pessoa jurídica, mesmo quando há a ilícita confusão patrimonial

Acórdão 1716734

O processo trata de execução contra uma pessoa jurídica e, diante da falta de pagamento, pede-se a penhora de imóvel de domínio da executada.

Em sua defesa, a devedora diz que o imóvel é impenhorável porque se presta à moradia de um dos sócios e traz prova nesse sentido.

A Lei 8.009 de 1990 estabelece que é requisito da impenhorabilidade que o imóvel seja o único de propriedade do devedor e que se sirva para a sua moradia e, ou, de sua família (BRASIL, 1990).

No caso, apesar de a pessoa do sócio não se confundir com a pessoa jurídica, o acórdão supera a autonomia patrimonial para proteger a entidade familiar, a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, que, nesse caso, possui eficácia direta para proteger situação ilícita (confusão patrimonial).

E, assim, a despeito do não preenchimento dos requisitos objetivamente previstos em lei, entendeu-se que o imóvel é impenhorável porque o intuito da norma deve observar o seu fim social, o que na espécie se revela na prestação negativa de o imóvel próprio que se preste à moradia não pode ser objeto de penhora.

Análise da eficácia direta do direito à moradia para a proteção da propriedade em caso de confusão patrimonial

O artigo 50 do Código Civil caracteriza que a confusão patrimonial é um abuso da personalidade jurídica (BRASIL, 2002). Evidentemente, se o imóvel está sob o domínio de uma pessoa jurídica, não se pode conceber a realização do direito à moradia do seu proprietário porque a moradia só se concretiza para as pessoas naturais.

Nessa hipótese, percebe-se que a eficácia direta do direito à moradia relativiza a autonomia patrimonial, prescrita no artigo 49-A, parágrafo único, do Código Civil, para que a proteção conferida ao bem de família do devedor, alcance o imóvel que não é de propriedade deste mesmo devedor.

Há uma superação tanto da caracterização ilícita da confusão patrimonial, porque o primeiro obstáculo à realização do direito à moradia é o fato de o imóvel não estar sob o domínio do devedor, mas de empresa do qual é sócio.

E, posteriormente, há a mitigação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, porque se entende que o liame jurídico de separação entre os bens do sócio e da empresa é sobrestado para que o alcance destinado à proteção do bem do devedor alcance o bem destinado à moradia.

Nessa hipótese, como nas anteriores, nota-se que o direito à moradia supera o domínio do proprietário e a autonomia patrimonial da empresa porque, sendo um direito do sujeito, a proteção é ao mínimo existencial do indivíduo, no caso um dos sócios, que no imóvel tem a sua única morada.

3.3.2 Relativização do conceito de propriedade para proteger o direito à moradia do potencial proprietário

O Código Civil não traz o conceito do que seria o direito à propriedade, mas esse é possível de se extrair do artigo 1.228 que atribui ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Por força de lei, o proprietário é aquele que consta no registro público do imóvel como titular do domínio, conforme prevê o artigo 1.245 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A conclusão que se conjuga dos dois dispositivos é que o proprietário do imóvel, compreendido como o sujeito assim qualificado perante o registro do imóvel, tem a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa de quem injustamente tenha a sua posse.

Os acórdãos referenciados neste subcapítulo trazem situação na qual o direito à moradia supera esta condição formal do registro para conferir ao possuidor, que exerce a moradia no imóvel, algum dos direitos relacionados à propriedade.

Acórdão 1797990

No primeiro exemplo, trata-se de agravo de instrumento no qual o agravante, credor, alega que a devedora não comprovou que o imóvel objeto da penhora não seria o único de sua propriedade. O voto condutor sustenta que jurisprudência tem entendimento de que é ônus do devedor comprovar que o objeto da constrição é o único de seu patrimônio e que preenche os requisitos do bem de família, em acordo com a Lei 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família. Esse entendimento guarda harmonia com a distribuição ordinária do ônus da prova sob a perspectiva processual.

No entanto, o acórdão diz que, do exame dos autos, constatou-se que o imóvel é de propriedade da Caixa Econômica Federal porque a devedora deixou de transferir o domínio para o seu próprio nome, mas que, das outras provas do processo, entendeu que existentes indícios de que este seria o único imóvel utilizado para moradia e que estaria sob a posse da devedora.

Adiante, por mais que mencione a Lei 8.009 de 1990 estabelece ser impenhorável o único imóvel próprio destinado à moradia da entidade familiar, a fundamentação do acórdão supera a necessidade de prova, por parte da devedora, dos requisitos legais necessários ao reconhecimento da impenhorabilidade (propriedade e prova de que se trata do único imóvel destinado à moradia) e isso o faz sob o fundamento de proteção ao direito fundamental à moradia.

O acórdão refere que a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família tem por desiderato proteger a própria dignidade da pessoa humana, pois a moradia se traduz no mínimo necessário à subsistência própria e da família.

Percebe-se que o acórdão reconhece que a proprietária do imóvel é a Caixa Econômica Federal, mas que tal condição decorre do fato de a devedora não ter cumprido com a formalidade de ter transferido a titularidade do imóvel para o seu próprio nome.

Há eficácia direta porque a propriedade se comprova com o registro, por força de lei. No caso, o domínio do imóvel é relativizado para, com fundamento no direito à moradia, conferir a impenhorabilidade, que é um direito do proprietário, à potencial proprietária.

Acórdão 1796417

Nesse caso, há uma união estável indiscutível; o então proprietário do imóvel saiu do lar e, posteriormente, propôs ação de reintegração de posse sob a justificativa de que cedeu o imóvel à sua ex-esposa em comodato.

Foi deferida a reintegração de posse ao proprietário, liminarmente.

No entanto, a possuidora do bem interpôs agravo de instrumento, disse que imóvel foi abandonado pelo ex-consorte e se defendeu com a usucapião com fundamento no artigo 1.240 do Código Civil, classificado como usucapião familiar, que beneficia o possuidor do imóvel que foi abandonado pelo ex-companheiro.

O acórdão pontua que está controvertida a existência, ou não, do contrato verbal de comodato porque, ausente tal contrato, seria possível a aquisição por meio da usucapião familiar. Em seguida, sem fazer juízo em relação à prova sumária da propriedade, bem como, de outro lado, do preenchimento dos requisitos necessários à usucapião, indica-se a necessidade de instrução, mas, considerando que há alguém que mora no imóvel, aponta que deve ser prestigiado o direito constitucional à moradia.

Observa-se a eficácia direta quando o direito à moradia é utilizado como substituto da prova de melhor posse.

Tanto o proprietário do imóvel, como a possuidora que alega usucapião – que é uma forma de aquisição da propriedade –, pedem o direito à posse por decorrência da propriedade e nesse cenário, verificando-se que há controvérsia, entende o acórdão por privilegiar a sujeita que está usando o bem como moradia.

Verifica-se que, assim como no caso anterior, há superação do proprietário formal do bem para aquele que pode vir a ser proprietário e que o utiliza como sua moradia.

Acórdão 1668847

O processo trata de ação de imissão na posse adquirido por meio de leilão realizado nos moldes da Lei da Alienação Fiduciária (Lei nº 9.514 de 1997). De forma liminar, foi deferida a imissão na posse, mas, assim que o réu ingressou no feito, pediu a sua revogação sob o fundamento de que é idoso e que há 28 anos paga judicialmente as prestações do mesmo imóvel, por meio de contrato particular de cessão de direitos que teria realizado.

A decisão em questão pontua que é necessária maior dilação probatória e, em detrimento ao proprietário formal do imóvel, decide por manter na posse aquele que exerce no imóvel a sua moradia.

Percebe-se, pelos casos acima, que quando o direito do proprietário é contrastado com o direito do morador que apresenta argumentos que podem o tornar proprietário, os julgados fazem prevalecer o direito daquele que exerce a moradia. Há a eficácia direta do direito fundamental porque o que os julgados em questão estão mitigando é a condição de proprietário que, em todos os casos, daria o direito à posse do imóvel e, como dito, propriedade se comprova pelo registro do imóvel, conforme prevê o artigo 1.245 do Código Civil.

No entanto, diante da possibilidade de o morador se tornar proprietário, o direito decorrente da condição de proprietário, que ainda não detém, é antecipado para proteger a posse do imóvel, local onde exerce a morada no presente.

Análise da eficácia direta do direito à moradia em relação à propriedade e a relativização desta para proteger o potencial proprietário

O Código Civil estabelece quem é o proprietário, no artigo 1.245, e os seus direitos, no artigo 1.228. Nos casos sob exame, uma leitura dogmática levaria à conclusão de os direitos de usar, dispor, fruir e de reaver o bem é do sujeito que é proprietário (BRASIL, 2002).

Apenas o segundo acórdão, o 1796417, apresenta discussão acerca da posse, mas a razão de decidir não se orienta para o exame da melhor posse. Nos 3 casos, o direito à moradia é utilizado como razão de decidir para manter na posse o potencial proprietário, o que faz em detrimento da atribuição formal da titularidade do imóvel.

O direito à moradia, nesses casos, relativiza o domínio para conferir ao morador a mesma proteção que seria dada para a hipótese de ser este o proprietário.

Os julgados não indicam que quem mora tem o direito de relativizar a propriedade do dono do imóvel de forma generalista. No entanto, quando os acórdãos notam um conflito entre o proprietário formal e aquele que, por ocasião da própria ação judicial, pode vir a ser proprietário e está exercendo a moradia no imóvel, prestigia-se o direito potencial do que é morador.

Nota-se que esta quebra da rigidez do domínio ocorre, no primeiro caso, porque o imóvel é financiado está sob a titularidade da instituição financeira porque o possuidor deixou de tomar diligências necessárias ao registro.

No segundo caso, em virtude da possibilidade de caracterização da usucapião, prestigia-se o direito à moradia do possuidor que pode vir a ser proprietário se a prescrição aquisitiva for reconhecida. No derradeiro julgado, o direito de propriedade é relativizado porque o morador

do imóvel demonstra que poderiam ter ocorrido vícios que anulariam o leilão por meio do qual o morador deixou de ser proprietário.

Em todos os casos, o proprietário formal do imóvel, detentor do domínio, tem o seu direito relativizado por justificativa do direito à moradia, somado à expectativa de que o morador venha a ser proprietário por alguma circunstância ainda não comprovada, ou condição que não ocorreu.

Nota-se que a valoração dada ao direito à moradia deixa de ter a perspectiva estritamente patrimonial, da relação sujeito ao objeto, e passa a conferir proteção ao indivíduo, considerado como titular da proteção à moradia.

Ricardo Aronne (2014) defende que a ordem jurídica orientada pela Constituição de 1988 impõe uma interpretação conjunta de todo o ordenamento jurídico, de modo que não cabe, mesmo na perspectiva privada, que a propriedade se exponha apenas na perspectiva do domínio. A propriedade passa a ser uma condição de meio para a realização dos direitos do homem, e não condição fim (ARONNE, 2014).

Observa-se, por derradeiro, que as soluções dadas pelo Tribunal não se fazem com base nas cláusulas gerais do Código Civil, que, para os defensores da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais seria uma forma de se viabilizarem os reflexos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Há a relativização da regra positivada no Código Civil, que define explicitamente quem é o proprietário e a razão de decidir para tanto é o direito fundamental do morador à moradia, com fundamento no texto constitucional.

3.3.3 Imóvel oriundo de doação, que se prestava à moradia, comunica-se com a partilha para proteger a moradia de cônjuge sobrevivente, em regime de comunhão parcial de bens

Acórdão 1797525

A controvérsia jurídica que chama o direito à moradia se refere a partilha de uma casa que foi doada por meio do Programa de Assentamento de População de Baixa Renda, promovido pelo Governo do Distrito Federal.

O acórdão descreve que o Código Civil, no artigo 1.659, exclui do regime de comunhão parcial os bens que cada cônjuge possui até o casamento e os que, na constância do casamento (ou união estável), vierem por meio de doação.

No caso, há juridicamente uma doação, o que afastaria a comunicabilidade do bem na partilha do inventário dos bens deixados pela ex-consorte. Porém, o acórdão assevera que, com vistas ao direito à moradia e à função social da propriedade, o imóvel que foi doado a um dos cônjuges, por meio de programa de habitação, tem por fim viabilizar o direito fundamental à moradia.

Com fundamento no direito à moradia, o acórdão relativiza a regra legal de incomunicabilidade do bem doado no regime de comunhão parcial. A justificativa é a origem da doação por programa habitacional.

Ao aplicar a eficácia direta do direito à moradia, o Tribunal expressamente deixa de lado a regra ordinária da partilha para o caso e faz isso porque, como plano de fundo, a moradia que justificou a doação, vez que originada de programa habitacional.

Análise da eficácia direta do direito à moradia para a proteção do cônjuge sobrevivente, na hipótese de aquisição da propriedade por meio de doação ao cônjuge falecido, por programa habitacional

Do ponto de vista da legislação infraconstitucional, não haveria direito do cônjuge sobrevivente à partilha do imóvel que foi doado ao cônjuge falecido, em regime de comunhão universal de bens, por expressa vedação do artigo 1.659 do Código Civil.

Acontece que, na hipótese, a doação decorre de Programa Habitacional do Governo do Distrito Federal, que assim o fez para a promoção do direito fundamental à moradia.

Esse fundamento, relacionado à promoção do direito à moradia dos ocupantes do imóvel objeto do Programa Habitacional, acabou por alargar a propriedade ao cônjuge sobrevivente, que, à época, também era morador.

Desse modo, o direito à moradia relativizou a restrição decorrente do efeito da doação para a partilha em regime de comunhão parcial de bens, para considerar o cônjuge sobrevivente como donatário.

Evidencia-se uma dimensão de proteção ao direito à moradia que, mais uma vez, confirma que a sua relação não é com o imóvel, objeto de direitos, mas com os sujeitos que moram no imóvel – núcleo familiar -, que passam a ter tal direito subjetivo no seu campo de disposição.

Exemplo do alongamento da proteção do direito à moradia para os integrantes do núcleo familiar é o direito real de habitação, que será tratado em subcapítulo apartado, mas que, com fundamento na proteção jurídica à posse do morador, para que este não fique desamparado em

virtude do falecimento do proprietário, a legislação infraconstitucional garante ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer do imóvel que é utilizado como moradia, de forma gratuita.

Essa proteção tem por claro objeto alargar o direito à moradia para a família do proprietário que, no imóvel, tenha residência.

3.3.4 Alargar a proteção da impenhorabilidade destinada ao imóvel para os frutos da locação de imóvel único de propriedade do devedor

Acórdão 1772824

No caso concreto, o único bem imóvel do devedor está alugado para terceiros, que lá moram.

A decisão expõe que a Lei 8.009 de 1990, que traz a impenhorabilidade do bem de família, existe com a finalidade de resguardar o direito constitucional à moradia e da dignidade da pessoa humana. Logo adiante, transcreve-se o artigo 1º do referido diploma legal, que estabelece ser impenhorável o imóvel único, próprio do casal, ou da entidade familiar, condicionando tal bem à residência dos proprietários ou familiares.

O acórdão expressamente diz que a proteção da impenhorabilidade deve ter um enfoque constitucionalizado, em sintonia com a dignidade humana, solidariedade social, igualdade substancial, do direito social à moradia e da erradicação da pobreza, de modo que a afetação do patrimônio encontra barreira no mínimo existencial.

Por esse motivo, o acórdão entende que o dinheiro correspondente aos aluguéis se presta à locação de outro imóvel que, ao fim, realiza a moradia dos proprietários, sendo, assim, protegido pela impenhorabilidade.

O acórdão aduz que o direito à moradia possui a aptidão de tornar os proventos decorrentes de aluguéis de único imóvel, que se equipararia à moradia, impenhoráveis, tendo a mesma proteção legal da propriedade que se realiza a moradia.

Mostra-se que o direito à moradia possui a potencialidade de alargar a impenhorabilidade da propriedade para o fruto dessa propriedade, nesse caso, os aluguéis, mas assim o faz considerando que o valor decorrente da locação se presta à locação de um outro imóvel, que servirá de moradia do devedor.

Análise da eficácia do direito à moradia para a proteção dos frutos da única propriedade, equiparável ao bem de família

A Lei 8.009 de 1990 tem por desiderato proteger o direito à moradia, com a definição da impenhorabilidade do bem de família, que resguarda único imóvel de propriedade do devedor que, na inteligência de se garantir o mínimo existencial, não pode ser objeto de penhora.

Segundo Fachin (2006) o princípio do mínimo existencial concebe patrimonialmente o mínimo necessário à existência humana digna, do qual o devedor deve receber proteção, por defluência do superprincípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento dos credores.

Da leitura do artigo 1º da Lei 8.009 de 1990, percebe-se que a impenhorabilidade se refere ao objeto, e não ao único imóvel da pessoa indistintamente.

A decisão judicial em referência, com fundamento no direito à moradia, muda a proteção da perspectiva patrimonial para direcioná-la ao sujeito, o que se coaduna com a constitucionalização do Direito Civil, que traz essa mudança de perspectiva ao integrar os direitos e garantias fundamentais à legislação patrimonial.

A proteção estabelecida não é somente ao bem, apensar de a Lei assim objetificar. Tal alongamento se realiza em virtude do direito fundamental à moradia, que estende a proteção do bem ao sujeito e, em virtude disso, para preservar a moradia do sujeito, alcança-se o valor recebido a título de aluguéis porque este serve para custear outra moradia.

3.4 JULGADOS DO TJDFE ADOTAM A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA DO DIREITO À MORADIA

Os casos que abaixo serão examinados são os que alguma das partes sustenta, em defesa do seu direito, o direito fundamental à moradia, no entanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios afasta tal argumento e diz não ser a hipótese de eficácia direta deste direito fundamental.

As decisões aplicam a legislação infraconstitucional em virtude da sua suficiência para a realização do direito à moradia, por considerar que o direito à moradia não é absoluto, ou mesmo por afirmar que se trata de uma norma constitucional programática, que não gera direitos e obrigações às relações particulares. Os acórdãos se dividem nas seguintes categorias:

- d) ausência de comprovação de que o bem reveste-se da proteção do bem de família por ausência de prova de que se trata de único imóvel de propriedade do devedor,

ou sua família, destinado à residência, conjectura que se verifica nos acórdãos 1680969, 1680976, 1784943;

- e) mesmo caracterizado tratar-se de bem de família, é imóvel de fiador, hipótese que a lei autoriza a constrição, acórdãos 1756708, 1754624, 1787806.
- f) a aplicação da legislação infraconstitucional realiza o direito à moradia, se verifica nos acórdãos 1663192, 1678045, 16883026, 1709529, 1729460, 1733441, 17334141, 1741054, 1745682, 1750381, 1750498, 1764479, 1765684.
- a) permite-se a averbação da penhora, mas fica vedada a expropriação do bem, com a finalidade de evitar a fraude à execução e proteger o direito à moradia, tais hipóteses se mostram nos acórdãos 1678045, 1714924, 1741054 e 1747861.

Adiante, se faz a análise separada dos acórdãos em acordo com a classificação acima.

3.4.1 Ausência de comprovação de que o bem reveste-se da proteção do bem de família por ausência de prova de que se trata de único imóvel de propriedade do devedor, ou sua família, destinado à residência

Acórdãos 1680969, 1680976, 1682289, 1707937, 1740464, 1733441

Os acórdãos pontuam que a impenhorabilidade do bem de família possui por objetivo garantir o direito fundamental à moradia. Mas, logo em continuidade, trazem a premissa de que incumbe ao devedor comprovar que o bem caracteriza-se como sua moradia e que é o único de sua propriedade.

Ocorre que não há provas de que o imóvel é utilizado como moradia, ou de que não existem outros imóveis de propriedade do devedor.

Vê-se que não se olvida da proteção do ordenamento jurídico à moradia, mas, como é elementar em processo, é necessária a comprovação do fato constitutivo do direito para que seja conferida a proteção.

Análise da ineficácia do direito à moradia para a caracterização da impenhorabilidade diante da falta de provas de que o imóvel seria utilizado como moradia, ou da ausência de outros imóveis de titularidade do devedor

A Lei 8.009 de 1990 estabelece que, para que o imóvel seja considerado bem de família e, assim, impenhorável, é necessário que se comprove que este serve à moradia do devedor, ou de sua família, e que seja o único de propriedade do devedor.

Nos acórdãos sob exame, o Tribunal diz que a proteção da impenhorabilidade à moradia demanda a sua comprovação. De forma apriorística, é ônus da parte que almeja a incidência de dado direito a comprovação do seu fato constitutivo, conforme elementarmente prevê o artigo 373 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Vê-se, nesse contexto, que a alegação da moradia, por si, não é suficiente para atrair a sua proteção.

Acórdão 1784943

A penhora foi deferida sobre os aluguéis de um imóvel que era de propriedade do devedor, que alegou a impenhorabilidade desses rendimentos com fundamento no entendimento de que os aluguéis de único bem imóvel de propriedade do devedor acoberta-se pela impenhorabilidade do bem de família.

O acórdão decidiu pela possibilidade da penhora porque há prova de que o devedor possui outros imóveis e que nem mesmo usa tal bem para o fim de moradia. Vê-se, assim como no caso acima, que, embora reclamado, não há direito à moradia para ser objeto de proteção.

Nesses casos, conclui-se que, apesar de a parte devedora ter buscado a proteção do bem de família com fundamento à moradia, não há prova, para os dois primeiros acórdãos, de que o bem imóvel seria utilizado para moradia e tampouco de que se trataria do único imóvel.

Com efeito, a proteção que se reflete à propriedade para que se torne impenhorável se justifica na moradia, o que evidentemente impõe como imprescindível que se comprove que o imóvel é, em alguma medida, a própria moradia ou instrumento para que se viabilize a moradia.

Análise da ineficácia do direito à moradia para a caracterização da impenhorabilidade diante da falta de provas de que o imóvel seria utilizado como moradia, ou da ausência de outros imóveis de titularidade do devedor

Os mesmos fundamentos acerca da ineficácia do direito à moradia que foram ditos no tópico anterior se aplicam aqui, com a distinção de que lá se buscava a penhora do próprio imóvel e, aqui, a penhora afeta os frutos de contrato de locação.

Acórdãos 1756708, 1754624, 1787806

Os casos são de penhora de imóvel de fiador em contrato de locação.

Todos esses acórdãos reconhecem que está sendo penhorado um bem de família, único do proprietário e que se destina à moradia, de modo que, em tese, seriam impenhoráveis.

No entanto, é ressaltado que a própria lei que traz como exceção à impenhorabilidade o imóvel de fiador de contrato de locação, por expressa previsão do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 1990.

Os acórdãos utilizam como fundamento decisões do Supremo Tribunal Federal que, em casos diversos, entenderam que a penhora de imóvel de fiador em contrato de locação não viola o direito à moradia.

O acórdão 1756708 sustenta que, no julgamento com repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 612.360 – SP, tema de repercussão geral nº 295, publicado em 02/09/2010, fixou-se a tese de que o direito à moradia seria norma puramente programática, incapaz de gerar direitos intersubjetivos às partes e, assim, deveria prevalecer o texto infraconstitucional que, de modo expresso, traz a possibilidade de penhora do bem de família.

O entendimento em questão, por mais que fixado em tese de repercussão geral, é incompatível o artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal que expressamente acentua que as normas garantidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata. O argumento em questão é comumente o utilizado para justificar a eficácia indireta dos direitos fundamentais, o que resultaria no entendimento de que a Constituição de 1988 seria insuficiente para gerar direitos e obrigações, conclusão que destoa de todos os demais julgados examinados neste trabalho.

Já os acórdãos 1754624 e 1787806 utilizam outra decisão, também da lavra do Supremo Tribunal Federal, mas que, por motivos distintos, autorizou a penhora de imóvel de fiador, mesmo sendo o único e utilizado para o fim de moradia. Trata-se do tema nº 1127, originado do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 1307334 – SP, publicado em 26/05/2022, que

reconheceu que a exceção à impenhorabilidade em questão, inclusive nos contratos de locação comercial, não ofende o direito à moradia. Nota-se que, só por essa conclusão distinta, assimilase que o direito à moradia, previsto na Constituição, tem a aptidão de gerar direitos e obrigações.

No voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, firmou-se que a Constituição Federal prestigia o direito à moradia, mas também a livre iniciativa e a autonomia da vontade. De modo que se considerou que a conclusão adequada, mesmo em consideração ao direito à moradia, seria a da permanência da penhorabilidade para que o mercado de locação continue a ser viável, uma vez que tal garantia é instrumento relevante para que o proprietário do imóvel locado tenha uma execução exitosa de aluguéis atrasados.

Além do mais, considerou-se que o ato voluntário de o fiador deliberadamente pôr o bem à locação realiza o direito do proprietário do imóvel de dispor acerca do seu próprio patrimônio.

A análise da decisão se dará pelos fundamentos que apresentam valoração do instituto do direito à moradia, no primeiro acórdão, como uma mera norma programática, inapta a gerar direitos interprivados. E, nos dois derradeiros casos, como um direito que é relativizado em virtude da previsão infraconstitucional da possibilidade da penhora, que se fundamenta na livre iniciativa e na autonomia patrimonial do fiador.

Análise da ineficácia do direito à moradia para a caracterização de impenhorabilidade de imóvel de fiador de contrato de locação

De princípio, será analisado o fundamento de que o direito à moradia, como norma programática, não possui a potência de gerar direitos intersubjetivos.

O direito à moradia, ao longo deste trabalho, tem se apresentado como componente da dignidade humana e a sua proteção, como mínimo existencial à sobrevivência digna, justifica a sua proteção em situações que as normas infraconstitucionais, objetivamente, não alcançam. Além de previsão constitucional instituída por meio do artigo 6º da Constituição, o direito à moradia, antes mesmo da mutação constitucional, foi assimilado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de tratados internacionais.

Considerando que por norma programática é aquela que traça linhas de orientações dos fins que devem ser perseguidos pelos poderes públicos, tal entendimento não é condizente com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição e nem mesmo com o entendimento posterior do Supremo Tribunal Federal que, mesmo mantendo a mesma conclusão acerca da possibilidade da penhora do bem de fiador, o fez pelo fundamento de o direito à moradia não ser ofendido

em razão de tal disposição, jamais em virtude de o direito à moradia não ter aptidão para afetar as relações interprivadas.

No que concerne à mitigação do direito à moradia em virtude da autonomia da vontade, aliada ao direito de propriedade que traz a possibilidade de sua disposição, e a análise econômica que se apresenta, cabem algumas considerações pretéritas acerca da lei da impenhorabilidade e dos seus objetivos.

A Lei 8.009 de 1990, concebida para caracterizar a impenhorabilidade do bem de família, busca conferir proteção ao patrimônio familiar, que, na perspectiva constitucional, não se restringe ao bem propriamente, mas como uma proteção ao indivíduo e à sua família.

O Código Civil traz duas exceções à impenhorabilidade do imóvel que se destina à moradia própria, os tributos e as despesas de condomínio. Na Lei 8.009 de 1990, traz-se como exceção à impenhorabilidade, no seu artigo terceiro, para as seguintes hipóteses:

- a) titular de crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite do crédito e seus acréscimos;
- b) pelo credor de pensão alimentícia
- c) para a cobrança de impostos devidas em função do imóvel familiar;
- d) para a execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- e) ter sido adquirido como produto de crime;
- f) por obrigação decorrente de fiança de contrato de locação.

Essa pesquisa comprova que a fiança, dentre as exceções à impenhorabilidade, é a mais irradiada¹⁰, pois de fácil instituição, na medida em que basta um contrato particular e o fiador, sendo instrumento pelo qual o fiador, a título gratuito, compromete-se ao pagamento do débito vinculando os seus bens pessoais e, inclusive, o único imóvel destinado à moradia.

Acerca do entendimento do STF, mencionado no tópico anterior, Ingo Sarlet (2008) afirma que não se pode sacrificar direito fundamental, que possui por matriz a própria dignidade da pessoa humana, por deferência a uma alegação genérica, pois inexistente algum estudo que relacione a quebra do mercado de locações à possibilidade de penhora do fiador, que justificaria uma incerta alegação de que estaria a prestigiar o direito à moradia de uma coletividade maior de pessoas.

¹⁰ O recorte estabelecido não alcançou outras hipóteses previstas na Lei 8.009 de 1990 para a caracterização da impenhorabilidade.

No mais, ainda que assim o fosse, a dignidade humana, que é núcleo de substância dos direitos fundamentais em geral, não pode ser funcionalizada com vistas ao interesse da maioria (SARLET, 2008).

É de se ter em perspectiva que falar de direito à moradia não significa disposição acerca do patrimônio, trata-se de um direito do sujeito que se relaciona com o mínimo existencial, do que é necessário para uma existência minimamente digna. Ingo Sarlet (2008) refere que o mercado poderia utilizar outros meios de garantia que não significassem pôr em risco o direito à moradia, o que faz direcionando o seu posicionamento à inconstitucionalidade do entendimento que avaliza a penhora em virtude de este resultar em uma proteção ineficiente do direito fundamental.

O viés utilitarista de que se estaria a proteger a coletividade dos locatários, ao passo que viabiliza o mercado de locação, não justifica a persistência de outras relações, dos devedores em geral, que encontram óbice na penhora do bem de família. Curiosamente, até mesmo o devedor dos aluguéis tem a proteção da impenhorabilidade, a despeito do seu fiador.

Sobre a voluntariedade e a possibilidade de disposição sobre o patrimônio, tal fundamento não responde aos limites que a Lei e a Constituição impõem à autonomia provada, especialmente na impossibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, como o é o direito à moradia.

No cenário da Constituição Federal de 1988, que se orienta tendo por objetivo primordial a realização da dignidade da pessoa humana, princípio do qual deflui o direito à moradia, cabe ao ordenamento jurídico preservar a dignidade que existe e promover os direitos fundamentais. Sob esse viés, não pode ser condizente com a ordem constitucional a admissão de que o fiador pode vir a perder a sua moradia, direito que é indissociável ao mínimo existencial.

Não é possível admitir que a autonomia patrimonial é um argumento condizente com a nossa ordem constitucional para viabilizar a penhora do bem de família do fiador, e isso porque em hipóteses que afetam a dignidade humana, a disposição em prejuízo próprio é ilícita por caracterizar violação positiva, ou mesmo em virtude de proteção ineficiente, ao princípio balizador e central de nossa constituição: a dignidade da pessoa humana.

3.4.2 A aplicação da legislação infraconstitucional realiza o direito à moradia

Acórdão 1663192

No caso, há pedido de reintegração de posse que é indeferido diante da ausência de provas de que o esbulho teria ocorrido.

O acórdão afirma que a prova de que o esbulho ocorreu é condição para a medida liminar de reintegração e esse é o fundamento utilizado para indeferir o pedido. Porém, o acórdão deixa claro que há de se ter rigor ao analisar esse tipo de situação porque, potencialmente, pode estar sob análise o direito à moradia de alguém. A decisão expressa que, por a Constituição ter alçado o direito à moradia à condição de direito fundamental, o caso em questão mereceria um olhar sob essa perspectiva.

Há eficácia indireta do direito fundamental à moradia porque a legislação infraconstitucional é utilizada como argumento jurídico suficiente e de instrumentalização deste direito.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a proteção da posse

O conceito de posse se traduz na relação de fato de poder do indivíduo sobre a coisa. Nosso Código Civil adota a teoria objetiva da posse, conforme se deflui da leitura do artigo 1.196 que diz que possuidor é todo aquele que tem “de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos atributos inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Josué Mastrodi e Ederson dos Santos Alves (2017) sustentam que proteger a moradia de quem é possuidor significa a vivência com dignidade e paz, porque não se pode assumir minimamente adequada uma morada que esteja sob a mora de despejos arbitrários, ou que traga o constante temor de perda da sua relação de fato com a morada. Se não há posse, não haverá moradia.

No caso em questão, por mais que a legislação infraconstitucional seja suficiente para a proteção do direito à moradia, o acórdão instrumentaliza o direito à moradia que, distintamente do viés patrimonial, da coisa como objeto de direito, altera o paradigma da proteção jurídica para o indivíduo.

Do ponto de vista de uma relação interpriada, onde alguém sustenta que teve a sua posse esbulhada, o indeferimento do pedido, com o fundamento na eventual moradia do sujeito demandado, denota a aplicação finalística da norma para a realização do direito à moradia, sob o viés de conferir segurança da posse ao morador, que deve ter a garantia de que não perderá abruptamente a sua morada.

Acórdão 1683026

O caso trata sobre embargos de terceiro porque imóvel comprado em condomínio, isso é por diversos proprietários, foi penhorado para quitar a dívida de um deles. O proprietário que não possui relação com o débito opôs embargos de terceiro, sob o fundamento de que se tratava de seu bem de família.

O acórdão conclui que a Lei 8.009 de 1990 não indica a necessidade de que o proprietário do imóvel seja um único sujeito, mas sim que seja o único imóvel e que se preste à moradia. Tais requisitos foram preenchidos.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a proteção do bem de família em imóvel de titularidade de condomínio

A razão de decidir é a de que o bem de família não exige que a propriedade seja exclusiva do devedor. A Lei 8.009 de 1990, no artigo 1º, indica a impenhorabilidade do imóvel da entidade familiar, ou do casal, de modo que semanticamente se exige a condição de proprietário, que está preenchida, mesmo na coletividade de proprietários que ocorre em condomínio.

A menção ao direito à moradia, como objeto teleológico da norma que protege o bem de família, justifica a aplicação da lei para a realização de um direito constitucionalmente protegido e que se relaciona ao indivíduo. A aplicação da lei infraconstitucional instrumentaliza a proteção ao mínimo existencial de patrimônio necessário à vida digna, que se protege com o direito à moradia.

Acórdão 1709529

Em ação de arbitramento de aluguéis, um dos herdeiros pede que a cônjuge sobrevivente seja condenada a pagar os aluguéis correspondentes à fração da herança do imóvel que esta habita. A sentença reconheceu o direito real de habitação, o que exime a cônjuge sobrevivente do pagamento de aluguéis.

No entanto, a sentença foi reformada por entender que não estava caracterizado o direito real de habitação que, para que se reconheça, necessita que seja o único imóvel destinado à residência a inventariar. No caso concreto, existiam diversos imóveis na partilha.

O acórdão sustenta que o instituto do direito real à habitação tem por função proteger o direito à moradia do cônjuge sobrevivente que, por ocasião do falecimento, teria em risco a perda da própria moradia.

Constata-se que, no caso, o direito real de habitação foi afastado diante da ausência de um dos seus pressupostos objetivos, delineado em lei, que é a unicidade do imóvel objeto de inventário.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a caracterização do direito real de habitação diante de diversos imóveis aptos à moradia no espólio

O uso argumentativo do direito à moradia, como fim a ser realizado por meio do direito real de habitação, e, no caso, para indeferir tal direito, demonstra que na perspectiva das relações interprivadas, o direito à moradia relaciona-se com o mínimo existencial necessário à dignidade humana.

Por mais que o direito à moradia oriente a mudança de direcionamento das proteções à propriedade, pois se passa da proteção do objeto para a defesa de um direito subjetivo do sujeito, tal proteção não expõe um alcance extensivo, notadamente quando se fala do direito real de habitação que, no caso, não se presta indistintamente para o imóvel que era utilizado para a moradia do casal.

Há se se ter, além da moradia, a condição de que este imóvel era o único a inventariar, de modo a evitar que o cônjuge sobrevivente fique desamparado do lar.

Acórdão 1729460 e 1750498

O acórdão de nº 1729460 expõe conflito entre herdeiros e cônjuge sobrevivente. Os herdeiros apontam que a escritura pública de união estável estabelecia que os bens dos cônjuges não se comunicariam. No entanto, o acórdão consigna que o direito real de habitação não se relaciona com o regime de bens, mas com o direito à moradia.

O bem jurídico protegido pelo direito real de habitação é a moradia que, ao prestigiá-lo, fornece também segurança jurídica à posse, de modo a conferir à ex-companheira o direito de permanecer no imóvel em que coabitava com o seu falecido esposo.

O acórdão de nº 1750498 se difere apenas porque não há escritura pública de união estável, mas os demais herdeiros não negam que tal situação, de fato, existia.

Há eficácia indireta do direito fundamental à moradia, que é protegido inteiramente pelo direito real de habitação com vistas a conferir aquele que habitava no imóvel o direito à

permanência, mesmo diante do falecimento do cônjuge que era o proprietário do imóvel e, assim, fazendo o direito à moradia prevalecer sobre os direitos sucessórios.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a caracterização do direito real de habitação

O entendimento de que a proteção do direito à moradia, que é o que se busca com o direito real de habitação, se traduz em uma proteção do indivíduo, e não sobre o bem, reforça o viés pessoal do direito à moradia.

Nessa hipótese, o fato de existir escritura pública apontando a incomunicabilidade dos bens em nada afeta o direito real de habitação, que, para proteger o direito de continuar a morar no bem, requisita apenas que este seja o único imóvel destinado à moradia, o que relaciona tal proteção à garantia do mínimo existencial necessário a uma sobrevivência digna do ser humano.

Acórdão 1745682

Em fase de execução, pediu-se a penhora de bem que se reveste dos requisitos postos na Lei 8.009 de 1990 para a caracterização do bem de família, mas alega-se que o bem poderia ser penhorado porque, apesar do preenchimento das condições objetivas, o imóvel possui elevado valor, o que contrariaria a intenção da norma, que seria garantir a mínima subsistência.

A decisão confirma a impenhorabilidade do imóvel por entender que a proteção ao direito à moradia independe do valor do imóvel.

O direito à moradia, nesse caso, é protegido pela legislação infraconstitucional, o que aloca o presente acórdão juntamente com os demais que se relacionam à eficácia indireta do direito fundamental à moradia.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a proteção do bem de família com valor elevado

Os demais julgados analisados mostraram que o direito à moradia, nas relações interpriadas, se relaciona com a proteção de um mínimo existencial à sobrevivência digna. No caso, adota-se a previsão expressa da Lei para a proteção de uma moradia suntuosa, de valor exorbitante.

A justificativa de proteção do direito à moradia não se coaduna com o seu conteúdo do ponto de vista constitucional brasileiro que, essencialmente, busca garantir a existência digna, com a preservação de um mínimo existencial, e com proteção ao núcleo familiar.

Acórdãos 1750381 e 1765684

Os acórdãos tratam de pedido de penhora de imóveis que são bem de família. Em ambos, o Tribunal compreende que ficou comprovado que se tratava de único imóvel destinado à moradia do proprietário, ou de seu familiar, de modo a satisfazerem os requisitos estabelecidos em lei para que se garanta a impenhorabilidade.

O direito à moradia aparece nas razões de decidir como complemento argumentativo, uma vez que a questão se resolve inteiramente pelo regramento infraconstitucional, que protege o direito à moradia e, portanto, trata-se de hipótese de eficácia indireta deste direito fundamental.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia para a proteção do bem de família

A proteção de impenhorabilidade ao bem de família socorre, objetivamente, o imóvel que é o único destinado à moradia e de propriedade do devedor, ressalvadas exceções previstas em lei.

Este trabalho apresentou hipóteses em que a Lei 8.009 de 1990, para resguardar o direito fundamental à moradia, expandiu a proteção, de modo a proteger, por exemplo, os aluguéis deste único imóvel, ou mesmo o imóvel que, de propriedade de pessoa jurídica, servia-se à moradia do sócio.

Nos acórdãos agora sob exame, há a adequação entre a situação fática e o texto de lei, de modo que o direito à moradia é indicado como direito a ser realizado por meio da proteção já existente no texto infraconstitucional.

Os acórdãos, na sua totalidade, reforçam que a proteção ao bem de família tem por fim a preservação de um mínimo existencial que garanta a dignidade do devedor, que, no caso, trata-se do único resguardo que este possui para a própria habitação e de sua família.

Acórdão 1764479

A ação pede reparação por danos materiais e morais decorrentes de vícios redibitórios em imóveis que foram objeto de permuta entre as partes do processo.

A autora da ação diz que, ao entrar no imóvel, encontrou problemas como vazamento de esgoto pelos ralos do banheiro, que teriam causado inundações no imóvel, o que prejudicou de sobremaneira a possibilidade de moradia na casa.

Constatou-se que, por decorrência dessas situações em sua casa, a autora desenvolveu problemas de saúde.

Os pedidos pretendidos na petição inicial foram providos, para que o réu indenize os gastos necessários ao conserto dos vícios existentes no imóvel e para indenizar o dano moral causado que, na hipótese, justifica-se pela violação do direito à moradia, que afeta os atributos da personalidade.

Há eficácia indireta do direito à moradia, porque este é protegido pelas normas da responsabilidade civil, que fundamentam a condenação à reparação dos danos materiais e morais.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia na responsabilidade civil:

A introdução do direito à moradia no ordenamento jurídico teve por objetivo a instituição de políticas públicas positivas, promocionais, que pudessem realizar um direito humano básico.

Principalmente do ponto de vista deste trabalho, o direito à moradia é estudado em uma perspectiva distinta, que é real, voltado à sua potência para ter eficácia nas relações interprivadas.

Falar sobre o direito à moradia, mesmo com um olhar voltado ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, não significa que cada cidadão tem direito a um teto. A decisão judicial sob análise mostra bem que a moradia demanda condições de habitabilidade, que reclamam uma construção que seja necessária ao fim que se propõe: o lar como um espaço minimamente adequado ao desenvolvimento das atividades humanas cotidianas.

O conteúdo do direito à moradia, que se define por meio de uma compreensão sistemática do ordenamento jurídico, indica que o imóvel deve se prestar ao fim que se propôs. Na hipótese, que trata de contrato de empreitada, deflui-se da própria boa-fé objetiva que não se pode ter como adequada uma construção que se preste à moradia na qual o esgoto sai pelos ralos e as pessoas se sujeitam, no espaço de salubridade, a condições nocivas à saúde.

Do ponto de vista do conjunto do ordenamento jurídico, o Brasil, como signatário da Declaração de Istambul de 1996 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996), assimila o conteúdo do direito à moradia como um lugar privado, com espaço suficiente, segurança,

garantia de proteção à posse, higidez estrutural, aquecimento e o suficientes, recolhimento de luxo, água encanada, salubridade, iluminação e outras características que minimamente permitam o desenvolvimento das atividades humanas cotidianas naquele espaço.

Nessa ótica, o contrato que se serve à construção de uma moradia e que não atende os requisitos mínimos necessários à conceituação jurídica do que é a moradia não cumpre com o seu objetivo e, assim, caracterizado o descumprimento do contrato, há o dever de reparar de modo a estabelecer uma moradia condizente com a dignidade humana.

No que diz respeito à reparação pelo dano moral, esta deflui da violação aos atributos da personalidade, o que se faz com a consideração de que a ofensa à dignidade humana, na qual se insere o direito à moradia, dá ensejo à reparação pecuniária em virtude de sua afetação.

A justificativa posta na decisão judicial denota que, para além de um direito relacionado à própria condição humana, a ofensa à moradia ocasiona sofrimento psíquico diante da inviabilização do uso do seu imóvel, o que caracteriza uma afronta ao direito à moradia com dignidade. Mostra-se, mais uma vez, a relação do direito à moradia como um atributo do princípio da dignidade humana.

3.4.3 Permite-se a averbação da penhora, mas fica vedada a expropriação do bem, com a finalidade de evitar a fraude à execução e proteger o direito à moradia

Acórdãos 1678045, 1714924, 1741054 e 1747861

Todos os acórdãos são provenientes da 8ª Turma Cível. Nos parâmetros definidos por esse trabalho, nenhuma das outras 7 turmas cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios apresentou posicionamento semelhante.

Nesses casos, é rejeitada a penhora sobre bem que preenche os requisitos da Lei 8.009 de 1990 para que seja impenhorável por ser bem de família. No entanto, há recurso do credor que impugna a caracterização do bem como impenhorável. Os acórdãos ratificam que se trata de bem de família, mas, para proteger o direito do credor e, ao mesmo tempo, preservar o direito constitucional à moradia do devedor, autoriza-se a averbação da penhora no registro do imóvel, sendo vedada a expropriação.

O resultado que se busca ter é que o proprietário, e morador, do bem não poderá alienar o imóvel para terceiro e, assim, viabilizar potencial fraude à execução.

Verifica-se que o entendimento esposado pela 8ª Turma Cível do TJDFT traduz contrariedade à razão de decidir acerca da impenhorabilidade dos aluguéis de único imóvel,

que, ao aplicar a teoria da eficácia direta, culmina por proteger pela impenhorabilidade os frutos do imóvel que seriam realocados para uma outra moradia do mesmo proprietário, ou de sua família¹¹.

Sustenta-se que a manutenção da penhora, com a vedação da expropriação, impede que o imóvel seja comercializado e que o valor obtido seja utilizado para a compra de outro imóvel, por exemplo, que se preste à moradia.

Os acórdãos argumentam que a solução dada protege a moradia do devedor, porque o bem não será alienado, e resguarda o credor de potencial fraude à execução. A teoria da eficácia indireta é a que ocorre porque a própria lei veda a penhora nas hipóteses em questão.

Análise da eficácia indireta do direito à moradia na impossibilidade de adjudicação de bem de família de devedor

Os acórdãos apresentam situação distinta da opção legislativa para a proteção do direito à moradia do devedor. Nota-se que, em relação ao direito à moradia, as razões jurídicas para o impedimento da impenhorabilidade se transferem para que se registre a penhora, mas com a impossibilidade de expropriação do imóvel.

A intenção dos julgados é, ao tempo em que protege a moradia do devedor, evitar que o bem seja alienado em fraude à execução.

De outro lado, nota-se que tais acórdãos percebem o direito à moradia de modo distinto da compreensão do Tribunal no acórdão de nº 1772824, que estendeu a proteção do direito à moradia aos aluguéis do imóvel que, não se prestando à moradia, era o único de propriedade do devedor e tal renda era utilizada para custear a sua efetiva moradia.

Impedir que o imóvel seja alienado acaba por cercear que a proteção à moradia se volta a um direito subjetivo do indivíduo, e relaciona-o exclusivamente com o bem, em oposição ao entendimento que vem sendo afirmado em todos os demais acórdãos, mesmo os que se relacionam a teoria da eficácia indireta do direito à moradia.

Tanto o direito à moradia, como o mínimo existencial, entendido como o patrimônio mínimo de um indivíduo necessário à moradia digna, são atributos do sujeito de direito, e não do objeto, no caso, o imóvel.

¹¹ O acórdão de nº 1772824 defende a impenhorabilidade dos aluguéis do bem de família, de modo a alargar a proteção não só para o imóvel em si, mas para os seus rendimentos, que são utilizados para garantir a moradia do proprietário. O mesmo fundamento é chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça para estender a impenhorabilidade ao novo imóvel adquirido com o dinheiro da venda do imóvel anterior, quando o anterior também se revestia das características do bem de família.

3.5 Análise dos reflexos do direito à moradia nas relações interprivadas

Após a descrição das razões de decidir do acórdão, fez-se a análise de como o direito à moradia, por meio da narrativa de justificação de cada acórdão, gera efeitos nas relações interprivadas, a partir da teoria da eficácia direta, ou indireta, dos direitos fundamentais.

Caso a caso, buscou-se pôr o direito à moradia como palavra de valor, na perspectiva da Metodologia de Análise de Decisões, para compreender, segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, qual a dimensão do direito à moradia nas relações interprivadas.

Os acórdãos foram inicialmente divididos entre os que o direito à moradia tem eficácia direta nas relações interprivadas, esses compreendidos como os julgados nos quais o direito à moradia realizou-se independentemente de legislação infraconstitucional que os instrumentalize, e entre os que o direito à moradia tem eficácia indireta, considerados os quais fundamentam a realização do direito à moradia por meio da legislação infraconstitucional que preconiza a sua proteção.

Foram examinados 29 acórdãos. Destes, 6 foram categorizados como de eficácia direta do direito à moradia e os 23 remanescentes estão relacionados à eficácia indireta do direito à moradia.

Há acórdãos que a eficácia do direito à moradia é obstada em virtude da falta de comprovação de que o imóvel seria a única moradia, mas, para tais hipóteses, não há ausência de proteção, o que se percebe é um vício formal que prejudica a análise material.

Existe uma possibilidade de mitigação do direito fundamental à moradia do devedor que é proprietário de único imóvel e neste reside: a penhorabilidade do bem de família dado em garantia por fiador de contrato de locação.

O fundamento utilizado para autorizar a exceção à impenhorabilidade é a previsão legal nesse sentido, que, por duas oportunidades, foi declarada constitucional por o Supremo Tribunal Federal. O STF entendeu que o direito à moradia do fiador de contrato de locação relativiza-se por deferência à sua própria autonomia patrimonial, na medida em que voluntariamente optou por prestar garantia, e por acreditar que, do ponto de vista do impacto social, retirar esta possibilidade de garantia teria a potência de prejudicar o mercado de locação de imóveis.

O STF não se posicionou com uma resposta típica dos defensores da eficácia indireta dos direitos fundamentais, de que tal direito demandaria dos contornos infraconstitucionais para ter vigência.

De modo que é de se concluir que, para o TJDFT, o direito à moradia cede à fiança dada por proprietário em contrato de locação.

Por outro lado, 3 acórdãos indicaram que o conceito legal de proprietário, previsto no artigo 1.245 do Código Civil, é relativizado para conferir ao morador, que discute a propriedade do bem (mas não é proprietário), direitos inerentes à propriedade.

Nessa toada, O TJDFT aplicou conferiu impenhorabilidade à imóvel que não foi registrado por o morador; protegeu a posse de potencial beneficiária da usucapião, moradora do imóvel, mas que ainda não obteve a declaração da prescrição aquisitiva; e protegeu a posse de morador contra o arrematante e proprietário de imóvel, sob o fundamento de que eventuais vícios formais do processo poderiam prejudicar o leilão e, assim, deveria ser preservada a moradia, como direito fundamental, do ex-proprietário, que poderia ter a sua propriedade restaurada.

Nota-se que o direito à moradia possui a potência de relativizar o conceito formal de propriedade para, em benefício do morador, estender-lhe atributos que legalmente são inerentes ao objeto de direito, que é a propriedade.

Essa relativização de conceitos postos em regras objetivas tem por fundamento a matriz do direito à moradia, assentada na dignidade humana e no mínimo existencial.

A mesma circunstância se repete no acórdão 1716734, no qual o TJDFT protege o bem de família de titularidade de pessoa jurídica, o que faz relativizando a dimensão formal da propriedade e a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, em benefício do morador.

O direito à moradia, com o objetivo de assegurar a proteção familiar, mitiga a incomunicabilidade de imóvel doado em sede de Programa Habitacional do Governo, para que o bem seja considerado como de doação também ao cônjuge sobrevivente, o que se faz com o entendimento de que a promoção do direito à moradia, por incentivo estatal, com a doação do bem se faz para assegurar o lar da família e, assim, o direito à moradia relativizou a regra de que o imóvel oriundo de doação não integra a partilha em regime de comunhão parcial de bens.

O direito à moradia, a despeito da previsão legal do artigo 1º da Lei 8.009 de 1990, protege não só o imóvel, mas os frutos do único imóvel, como os aluguéis. A justificativa para tanto é que o direito à moradia não é um direito que se volta à propriedade, mas ao sujeito, que realiza na propriedade a sua morada e, por esse motivo, não pode a propriedade ser alienada porque tal fato implicaria na perda da morada do sujeito.

O fato de o direito à moradia proteger o sujeito também justifica a relativização do conceito formal de propriedade, pois os direitos do proprietário existem por decorrência do seu

vínculo jurídico com o bem, ou seja, decorrem da situação do domínio, e não do fato de ser um direito do indivíduo.

Todas essas circunstâncias possuem em comum a quebra do conceito formal do domínio e denotam que a proteção do imóvel não decorre da coisa, o resguardo protegido pelo ordenamento jurídico volta-se ao sujeito.

Das hipóteses relacionadas à eficácia indireta do direito à moradia, em 6 acórdãos, a eficácia do direito, seja de forma direta, ou por meio da legislação infraconstitucional, é rejeitada diante da falta de prova de que o imóvel se presta à moradia, ou que seria o único de propriedade do devedor.

Os julgados admitiram expressamente a mitigação do direito à moradia do fiador de contrato de locação, por entender que se trata de uma exceção prevista em lei e que o STF compreendeu que tal restrição seria constitucional.

Em 1 acórdão relacionado à demanda possessória, por mais que a razão de decidir se oriente estritamente na legislação infraconstitucional, pois faltou prova do esbulho que seria, em tese, rechaçado pela lei, argumenta-se que tal decisão protege o direito da moradia da outra parte, pois há indícios de que, nesta área, exerce a sua morada.

A pesquisa indica 3 julgados que versam sobre o instituto do direito real de habitação. Em ambos os casos os julgados aplicam o regramento infraconstitucional para, em 2 acórdãos, reconhecer o direito do cônjuge sobrevivente a permanecer no imóvel que morava, sem pagar aluguéis aos herdeiros e, no outro caso, rejeita o pedido de declaração do direito real de habitação por notar que o espólio possui diversos bens aptos à moradia que estão no inventário.

Ainda em relação ao direito real de habitação, 1 acórdão entende que há direito real de habitação para cônjuge sobrevivente que subscreveu escritura de união estável com incomunicabilidade entre todos os bens. O caso é ilustrativo de que o direito real de habitação, fundado na moradia, se destina à proteção do sujeito e não possui relação com o direito de disposição acerca do patrimônio.

As razões de decidir, mesmo que aplicáveis dispositivos infraconstitucionais, referem à proteção do direito à moradia, que objetivam o mínimo existencial à sobrevivência humana com dignidade.

Em um único caso, protege-se a impenhorabilidade de única propriedade do devedor, destinada a moradia, que possui valor milionário, o que destoia da relação de amparo do direito à moradia ao mínimo existencial.

Outro acórdão, de forma isolada, traz o direito à moradia como argumento acessório a condenação em reparar vícios de construção do imóvel, juntamente com a indenização por

danos morais. Tal acórdão traz fundamentação que, amparada na constatação de ato ilícito, justifica o dever de reparar e põe que a moradia, como fim objetivado na construção, deve servir como local salubre, seguro, e adequado a realização confortável das atividades básicas do cotidiano. Considerando a violação a tais deveres, entendeu-se que tal circunstância afeta os direitos da personalidade do indivíduo, porque privado de direito fundamental que é o da moradia.

Por fim, a análise expõe 4 acórdãos, todos da 8ª Turma Cível do TJDF, que, ao examinarem a indicação de imóvel, que reúne as características legais para a impenhorabilidade do bem de família, mitigam a sua impenhorabilidade para alcançar solução que protege a moradia e evita fraude à execução: registra-se a penhora na matrícula do imóvel, mas veda-se a expropriação do bem.

Na prática, a situação contraria os demais entendimentos de que o direito à moradia é um direito do sujeito, o que, nas situações acima demonstradas, protege não só o bem em si, mas os proventos de locação.

O que se percebe, do contexto apresentado nas decisões judiciais, é que o direito à moradia é, em sua grande maioria, compreendido como um direito fundamental do indivíduo a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

O fato de a maioria dos acórdãos não aplicarem a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais não significa a sua falta de efeitos nas relações interprivadas, pelo contrário. O que se depreende é que, na maioria dos casos, a legislação infraconstitucional é suficiente para a proteção ao direito à moradia.

No entanto, existem hipóteses em que a legislação infraconstitucional não abarca a complexidade dos problemas apresentados e, a partir daí, percebe-se que há uma construção jurídica de proteção ao direito à moradia relacionando tal direito como um atributo do indivíduo.

O indivíduo tem o direito a ter um local seguro, adequado, confortável, com garantia de que a posse não será abruptamente tomada. Tais qualidades defluem de um mínimo existencial que garanta condições dignas à sobrevivência.

Em que pese a proteção à moradia ser suficiente para relativizar o conceito formal de propriedade e a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, tal proteção incongruamente não se aplica ao fiador de contrato de locação.

Há lacunas de coesão jurídica que expliquem porque o imóvel do fiador pode ser penhorado¹² enquanto o imóvel de pessoa que optou por inscrever o nome do imóvel em titularidade de pessoa jurídica não pode ser objeto de penhora. Ou, da mesma forma, porque o direito à moradia é afirmado como norma programática e em outros acórdãos é utilizado como razão de decidir para relativizar a regra infraconstitucional.

Em uma análise global, não há como negar uma construção do direito à moradia relacionado à dignidade humana, com vistas à proteção de um patrimônio mínimo que garanta a sobrevivência do indivíduo e sua família. A proteção da família é um dos aspectos finalísticos do direito à moradia, juntamente com a qualidade da moradia que, contextualmente, acresce ao conceito de morada a sua compreensão como um lar, estruturalmente suficiente para a proteção das atividades habituais esperáveis de uma casa. Nesse caminho, pode-se dizer que há uma construção protetiva ao direito à moradia, com aptidão para relativizar institutos do direito privado e mesmo a autonomia da vontade, com o objetivo de proteger a moradia como um direito fundamental indisponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que o Direito Civil presente na legislação infraconstitucional denote um viés patrimonialista, com pouca abertura, se comparado à Constituição, para a centralização do indivíduo como sujeito de direitos; o processo de constitucionalização do Direito Civil e a compreensão de que o Direito Civil é prospectivo, inevitavelmente atraem, como elementos centrais para a finalidade e aplicação do Direito, o cidadão e as suas necessidades.

Vagarosamente, a crescente insatisfação da maioria da população constrangeu os poderes constituídos a expandirem o rol de direitos e garantias protegidos pela Constituição para, com tímidas ações estatais, considerarem o problema da moradia como uma questão de política pública que não poderia ficar a mercê do mercado.

Como Fachin (2015) busca exemplificar na anedota da ilha onde só habita um único humano, o Direito não faz sentido para servir a si mesmo. O Direito se presta à aplicação social e, por esse motivo, este trabalho se organiza com a apresentação do constitucionalismo desde as suas origens até a chegada no presente, de modo a fazer este mesmo paralelo com a moradia e o direito à moradia. O resultado que se percebe é que o direito à moradia, como direito

¹² No subcapítulo relacionado à análise das decisões judiciais que admitem a penhora do imóvel de fiador são expostos os argumentos pelos quais não se creem condizente com o ordenamento jurídico o entendimento que avaliza a restrição ao direito à moradia nessas hipóteses.

fundamental, passa a receber proteção do Estado de forma positiva e negativa, por meio de políticas públicas que incentivam a sua realização e implementações legislativas que viabilizam a sua proteção.

Embora o direito à moradia tenha sido assimilado ao direito brasileiro por meio de tratados internacionais, o reconhecimento constitucional do direito à moradia como direito fundamental, para além de uma norma programática que pretende perseguir fins utópicos, tem um longo caminho para a sua efetivação.

No Brasil, a regulamentação da propriedade surgiu para beneficiar os mais ricos que, titulares das terras, utilizaram-se das prerrogativas jurídicas do domínio para tomar a posse dos mais pobres.

Sem terras, os mais pobres foram empurrados sistematicamente para as periferias das cidades. Os investimentos estruturais que eram realizados nos centros urbanos culminaram por valorizar os imóveis de uma elite econômica, que os alugavam por valores cada vez mais expressivos.

A maioria pobre da população se vê refém de um sistema que concentra boas moradias nas regiões mais valorizadas, o que as torna alcançáveis apenas à elite econômica.

O Estado resistiu ao enfrentamento da moradia como uma questão de política pública e, por muito tempo, a questão caminhou exclusivamente sob o impulso da iniciativa privada.

O Estatuto das Cidades estabeleceu diretrizes com vistas à substancialização da moradia como direito social e do indivíduo. A moradia passa a ser centrada como um problema social e as diretrizes definiram que na moradia deveria se ter segurança, ambiente salubre, infraestrutura básica aos serviços públicos de iluminação, água e coleta de esgoto.

Somente com o Programa Minha Casa Minha Vida é que o acesso à moradia passa a ser uma preocupação do governo brasileiro, o que ainda é muito recente.

Por mais que a Constituição não especifique o que se entende por direito à moradia, a sua construção histórica e as demais legislações do nosso ordenamento jurídico, que é uno, preenchem o seu conteúdo para que se extraia a sua irradiação nas relações interprivadas.

Circunstancialmente, com vistas a legislação existente, o direito à moradia se compreende como um direito fundamental de todo cidadão, a ter um imóvel condizente com a existência humana, que seja guarnecido de infraestrutura adequada, para que, em um espaço confortável, seja possível o sossego e a realização das demais atividades humanas.

Essa conclusão se extrai de todos os acórdãos que afirmam a impenhorabilidade do bem de família, a exceção de um, que mantém impenhorável imóvel de valor milionário, sob a justificativa de que a proteção legal não excepcionaliza imóveis em razão do seu elevado valor.

Dos 29 acórdãos, apenas 1 afirma que o direito à moradia é norma programática, os demais, embora apliquem a realização do direito à moradia por eficácia indireta, reconhecem-no como direito do cidadão e instrumentalizam a sua realização por meio da legislação infraconstitucional existente, que na maioria das hipóteses é suficiente para a concretização do direito à moradia.

O direito à moradia reforça a nova dimensão da propriedade estabelecida por meio da função social. O conceito puro do domínio, no qual a titularidade é nascedouro de todos os direitos da propriedade, se mostra superado. Dá-se lugar à relativização da face do domínio da propriedade, para prestigiar a moradia do potencial proprietário, de modo que o fato de o cidadão, que vindica a condição de proprietário, tem a proteção do ordenamento jurídico em virtude de no imóvel em questão exercer a sua moradia, muitas vezes em detrimento do proprietário do bem.

A dissociação dos direitos da propriedade ao titular do domínio, para prestigiar a moradia do sujeito, que é o titular do direito (nessa perspectiva de constitucionalização do Direito Civil), e não a coisa, se reforça nos julgados que estendem a proteção da impenhorabilidade aos aluguéis decorrentes da locação do único imóvel que, objetivamente, não preenche os requisitos da Lei 8.009 de 1990 para a proteção da impenhorabilidade.

A relativização do domínio também se constata em hipóteses de quebra da autonomia patrimonial, para conferir a imóvel de titularidade de pessoa jurídica, a proteção que só se estende porque a moradia é exercida por um sócio, que não possui nenhum imóvel, de modo a lhe garantir a proteção a um mínimo existencial à sobrevivência digna.

A proteção à família e ao núcleo familiar expõe que o ordenamento jurídico confere à moradia a proteção por ser o espaço de desenvolvimento e vivência das relações familiares. É o que se verifica na proteção conferida ao bem doado por Programa Habitacional, e nos julgados que conferem ao cônjuge sobrevivente, no qual o inventário conta com único imóvel (relaciona-se a moradia com o mínimo existencial), o direito de participar da partilha de tal bem como destinatário da doação que anteriormente não lhe beneficiou.

Em um dos acórdãos, a proteção ao direito à moradia expressamente consignou que o que se espera de um imóvel é que este se preste ao sossego, apresente condições salubres, arejadas, que apresente infraestrutura para serviços públicos de água, luz, esgoto, e seja seguro do ponto de vista estrutural. Ou seja, a moradia não é apenas um teto.

De outro lado, embora o direito à moradia tenha demonstrado potência para relativizar o domínio do proprietário e a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, tal força não protege o fiador de contrato de locação, comercial ou residencial. O que evidencia uma lacuna acerca da

construção do direito à moradia que se fez, tomando por fundamento as razões de decidir dos demais acórdãos, de modo a garantir a proteção ao mínimo existencial, que, nesse caso, cede ao direito do credor da garantia.

É possível concluir que, nas relações interpriadas, o direito à moradia compreende-se como o direito do sujeito de ter um lar adequado, seguro e salubre, que permita a realização das atividades humanas cotidianas; que tal propriedade, sendo a sua única com o fim de morada, compõe o seu patrimônio mínimo inatingível e a moradia tem a aptidão de relativizar o domínio da propriedade quando possível que o morador venha a ser proprietário do imóvel.

Conclui-se que há eficácia direta do direito à moradia, em detrimento da legislação infraconstitucional, para flexibilizar a titularidade do imóvel em detrimento de potencial proprietário; para quebrar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para estender a proteção do bem de família ao sócio da empresa; para flexibilizar o requisito do domínio e ampliar a proteção do bem de família aos proventos da locação do único imóvel; e para retirar a incomunicabilidade na partilha de bem doado a um dos cônjuges, por decorrência de programa de assentamento.

De outro lado, os julgados que se filiam a teoria da eficácia indireta, em sua maioria, realizam o direito à moradia por intermédio da legislação infraconstitucional, a exceção da possibilidade de penhora do bem de família de fiador de contrato de locação.

Constata-se incoerência em relação ao âmbito de proteção do direito à moradia quando se permite a possibilidade de penhora de imóvel de fiador de contrato de locação, de modo que tal entendimento merece ser repensado sob a perspectiva dos demais fundamentos que protegem o direito à moradia do devedor e o definem como mínimo existencial a ser preservado.

Enfim, apesar de desvios pontuais, o estudo mostra que os julgados expressam a transformação social pretendida pela Constituição, notadamente no Direito Civil, expõe-se uma mudança de paradigma que, antes instrumentalizada para a proteção do patrimônio, agora direciona-se ao sujeito como titular dos direitos e a proteção se estende à pessoa e às suas necessidades, não mais à coisa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Leda. Minha Casa perto do fim? **UOL**. 2019. Disponível em <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#cover>. Acesso em: 20 de mar. de 2024.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio A Teoria da Autonomia: Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

BONDUKI, Nabil Georges. Origens da habitação social no Brasil. **Análise social**, p. 711-732, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores (UBC). Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora-vencida: Ministra Ellen Gracie. Relator designado: Gilmar Ferreira Mendes. Voto vencido no sentido de que deve prevalecer o estatuto da associação, superado pelo voto vencedor que entendeu pela eficácia horizontal do direito à ampla defesa, determinando que fosse realizado o contraditório prévio à exclusão do associado. Brasília/DF, 11 de outubro de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**. Publicado em 27 de outubro de 2006.

BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Terceira Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828 Distrito Federal. Requerentes: Associação dos Moradores e Produtores Rurais Unidos do Ramal do Fumaça – AMPRUF e outros. Requeridos: União e outros. Relatora: Ministro Luis Roberto Barroso. Decisão monocrática que suspende as ordens de despejo e desocupação por ocasião da pandemia do coronavirus. Brasília/DF, 29 de junho de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Publicado em 29 de junho de 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 20 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2024.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Almedina, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado democrático e social de direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **A evolução dos direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 6, p. 541-558, 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DO AMARAL JUNIOR, Alberto. O Código Civil, a globalização e os novos contornos do Direito Privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 112, p. 571-582, 2017.

ENGELS, Friedrich. **Sobre a questão da moradia**. São Paulo: Centauro, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre direito civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno [et al.] (Org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, p. 347-377, v. 4, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informadora mediação e conciliação. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, abr./ jun. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FOYER, Jean; CARNAÚBA, Daniel Amaral; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. O Direito Civil Dominado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC**, São Paulo, v. 20, p. 395-408, 2019.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. **Univ. JUS**, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A globalização, o direito civil constitucional e os contratos na sociedade contemporânea. **Cadernos da Escola de Direito**, n. 12, p. 102-117, 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Interpretação do Direito Privado: o Direito Civil Constitucional prospectivo em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 309-329.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IBGE. **Aglomerados Subnormais 2019: Classificação preliminar e informações de saúde para o enfrentamento à COVID-19**. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_notas_tecnicas.pdf. Acesso em 24 mai. 2024.

LIMA, George Marmelstein. 50 anos do caso Lüth: O caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **DireitosFundamentais.Net**, 2008. Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 30 jan. 2024.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018.

LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley. **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MASTRODI, Josué; ALVES, Ederson dos Santos. A segurança jurídica da posse como pressuposto do direito fundamental à moradia. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 1, p. 27-49, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMAN, Stefan et al. (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. São Paulo: RT, 2014.

MIRANDA, Giuliana. Lisboa proíbe novas unidades de aluguel por temporada. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/06/lisboa-proibe-novas-unidades-de-aluguel-por-temporada.shtml>. Acesso em: 3 dez. 2023.

MOINHOS, Deyse dos Santos. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: aplicabilidade pelo STF no RE 201.819/RJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 954, p. 193-213, 2015.

NAVARRO, Paula Fernanda de Souza Vasconcelos. Limites da intervenção estatal na liberdade privada à luz dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 115, p. 33-45, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. ONU, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos**. ONU, 1996.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia : um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. 2008. 17 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PONTES, Daniele Regina. **Direito à moradia- entre o tempo e o espaço das apropriações**. Curitiba: Juruá Editora, 2014

PRESSE, France. Cidade de Nova York proíbe aluguéis de curto prazo como os de Airbnb. **G1**, São Paulo, 7 set. 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/cidade-de-nova-york-proibe-alugueis-por-curto-prazo-como-os-do-airbnb.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2023.

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 752, p. 22-30, 1998.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. A revisão judicial dos contratos na jurisprudência atual. **Revista do Advogado**, v. 131, p. 161-170, 2016.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo–Estatuto epistemológico. Constituição e direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Edipro, 2018.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos Reais Limitados**. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

SANTOS, Natália; CASTELANI, Clayton; CONCONI, Augusto; PRETTO, Nicholas; KRUSE, Tulio. Um em cada cinco imóveis do centro de SP está desocupado, mostra Censo. **Folha de São Paulo**. 21 de mar. de 2024. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/03/um-de-cada-cinco-imoveis-do-centro-de-sp-esta-desocupado-mostra-o-censo.shtml> . Acesso em 21 de mar. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46, p. 193-244, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 57, p. 89-148, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 17, p. 273-278, 2005a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 16, p. 193-259, 2005b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n.1, p.171-213, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à moradia e penhora do imóvel do fiador: breves notas a respeito da atual posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, n. 2, p. 253-259, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law**, n. 12, p. 63-88, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 14, p. 167-217, 2005.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

SPRANGER, Paulo. Crise de habitação em Portugal chega ao The Guardian que fala em “loucura”. **Diário de Notícias**, Lisboa, 31 jul. 2023. Disponível em [https://www.dn.pt/dinheiro/crise-da-hanitacao-em-portugal-chega-ao-the-guardian-que-fala-em-locura-16784606.html](https://www.dn.pt/dinheiro/crise-da-habitacao-em-portugal-chega-ao-the-guardian-que-fala-em-locura-16784606.html). Acesso em: 3 dez. 2023.

SOUZA, Rafael Braga de; LEONELLI, Gisela Cunha Viana. Airbnb no Brasil: uma nova agenda de pesquisa para os estudos urbanos. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 13, 2021.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 65, p. 21 – 32, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporaneo - Novos Problemas A Luz Da Legalidade Cons**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais na globalização**. São Paulo, Saraiva, 2016.