

## 4 Colisões entre o direito à moradia, o direito de propriedade e o interesse tributário estatal

### 4.1 Direito fundamental de propriedade e o interesse tributário estatal

Inobstante sua privilegiada posição no cenário normativo nacional, o direito à moradia, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, podendo sofrer restrições em seu âmbito de proteção, decorrentes da necessidade de se garantir a efetividade de outros direitos de igual estatura ou mesmo de bens e interesses constitucionalmente protegidos, que albergados em uma Constituição plural como a de 1988 entram em conflito com certa frequência. É o caso do direito de propriedade e do interesse tributário estatal, que inegavelmente mantêm uma relação conflituosa com o direito à moradia, na medida em que a proteção incondicional deste pode implicar, em muitos casos, a vulneração do direito de propriedade de terceiros e do interesse tributário estatal. Lado outro, em se invertendo a equação, o direito à moradia pode ver-se frequentemente esvaziado caso, para se garantir o direito de propriedade e o interesse tributário estatal, se autorizasse sem freios a excussão do imóvel residencial do devedor. Antes, contudo, de se aprofundar nesse confronto, é necessário tecer algumas breves considerações em torno do direito de propriedade e do interesse tributário estatal em nossa ordem constitucional.

No início do constitucionalismo liberal do século XVIII, o direito de propriedade foi alçado, juntamente com a liberdade e a segurança, à condição de direito natural do homem, de caráter absoluto e imprescritível. Tornou-se, assim, segundo configuração atribuída pela Declaração de Virgínia de 1776 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, uma garantia sagrada e inviolável de liberdade do cidadão contra a intervenção e o arbítrio do Estado<sup>178</sup>, o que foi decisivo para a ascensão de uma classe burguesa e para a formação e desenvolvimento do capitalismo. O Código Civil Francês de 1804, chamado de “Código Napoleônico”,<sup>179</sup> foi a expressão maior do conteúdo individualista e absoluto do direito de propriedade, resumido como o direito

---

<sup>178</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9.

<sup>179</sup> Este Código serviu de base para toda a legislação civil de sua época, sendo, juntamente com o Código Civil Alemão de 1896 (BGB), a inspiração do Código Civil Brasileiro de 1916.

subjetivo do seu titular de usar, gozar, dispor e reaver a coisa de quem injustamente a possui.

Ultrapassados mais de duzentos anos de constitucionalismo e após absorver conquistas de textos anteriores<sup>180</sup>, a Constituição Federal de 1988 deu nova configuração ao direito de propriedade no cenário nacional, acrescentando à sua estrutura interna o elemento personalista e solidarista da função social (arts. 5º, XXIII e 170, III), sem, no entanto, negar o seu *status* de direito fundamental<sup>181</sup> individual do cidadão (arts. 5º, *caput*, inciso XXII e 170, II), que se deve à certeza de que, mesmo fortemente relativizada, a propriedade ainda traduz elemento essencial à existência e ao desenvolvimento do ser humano, constituindo, na feliz síntese de Francisco Eduardo Loureiro:

“expressão e garantia da individualidade humana. É condição de existência e liberdade de todo homem que, sem ela, não poderia obter desenvolvimento intelectual e moral. (...) Dizendo de outro modo, a propriedade tem como fundamento o direito à liberdade, entendido no sentido de livre e sobretudo justo acesso à utilização dos bens, mecanismo capaz de prover o desenvolvimento máximo da pessoa e de sua dignidade”<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> A partir da Constituição de 1934 (art. 113, inciso 17), e com exceção da de 1937 (art. 122, inciso 14), todas as demais Cartas Brasileiras (1946 - arts. 141, § 16 e 147; 1967 - art. 157, III; Emenda de 1969 - art. 160, III; 1988 - art. 5º, XXII) ressaltaram o caráter não absoluto (afirmado pelas Constituições de 1824, art. 179, inciso XXII e de 1891, art. 72, § 17) do direito de propriedade, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Foi com a Constituição de 1967 que se introduziu no cenário jurídico brasileiro a termo “função social da propriedade”. Nesse sentido ver GONDINHO, André Osório, *op. cit.* pp. 406-12.

<sup>181</sup> Além de direito subjetivo, o direito de propriedade se apresenta como garantia institucional, conceituada por Paulo Bonavides como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza” (BONAVIDES, Paulo, *op. cit.* p. 537). Em arremate, registra Ingo Sarlet: “Esta concepção radica nas formulações originais dos juristas da época de Weimar M. Wolf e, principalmente, C. Schmitt, tendo como elemento comum o reconhecimento da necessidade de resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes, revelando que a função primordial das garantias institucionais é a de preservar a permanência da instituição no que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõe a sua identidade. Importa salientar, outrossim, que os direitos fundamentais – na concepção de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais), no sentido de que seu objeto constitucional constitui um complexo de normas jurídicas. (...) Como exemplo de autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição, podem ser referidas a garantia da propriedade (art. 5º, inc. XXII), do direito de herança (art. 5º, inc. XXX), da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.* pp. 212-3).

<sup>182</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo, *op. cit.* pp. 11-2.

Ressalte-se, desde já, que o termo propriedade na Constituição Federal não tem o alcance reduzido do Código Civil, circunscrito ao vínculo real que une uma pessoa a um bem móvel ou imóvel. A propriedade constitucional abarca toda e qualquer espécie de titularidade aferível patrimonialmente, podendo ser citadas: bens móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos (propriedade do autor, propriedade de marcas e patentes, propriedade de nomes empresariais - art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX), bens de produção e de consumo, direitos reais e direitos obrigacionais ou de crédito (art. 5º, LIV), a propriedade urbana (arts. 182 e 183) e a rural (arts. 184 a 191), a propriedade pública (arts. 20 e 26) e a privada (art. 170, II), além de propriedades especiais como as incidentes sobre a herança (art. 5º, XXX), recursos minerais (art. 176), empresas jornalísticas e de rádio difusão sonora e de sons e imagens (art. 222), empresas concessionárias de serviços públicos (art. 175), as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231) e as propriedades difusas ou metaindividuais como o meio ambiente (art. 225), os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216).

E não poderia ser diferente, tendo em vista que o desenvolvimento do capitalismo na era tecnológica alterou significativamente a base do direito de propriedade, que migrou da titularidade sobre bens móveis ou imóveis para uma multiplicidade de manifestações dos direitos de crédito, como valores mobiliários (títulos, dividendos, ações), carteiras de crédito, patentes, direitos autorais, domínios na *internet*, *softwares*, fundos de grandes conglomerados financeiros etc. Em resumo, a propriedade constitucional alcança qualquer crédito, corpóreo ou incorpóreo, que integre um patrimônio e tenha valor econômico. Essa mudança foi muito bem captada por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, que traduzindo o novo perfil de empresa afirmaram:

“A alteração de paradigmas é acentuada na moderna noção de empresa. Ela é a propriedade tecnicamente organizada para a produção de lucro que não guarda qualquer relação com a propriedade tradicional dos Códigos Civis. Acionistas e sócios não controlam bens materiais, porém capital – valores mobiliários – na forma de títulos, dividendos e ações de grande liquidez e conversíveis em recursos, sem que em qualquer instante se discuta sobre a posse de bens móveis ou imóveis, pois o objeto da propriedade é a fração do capital e não os bens que a compõem. A gestão da empresa é atribuída a administradores e não aos proprietários”<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 226.

Diante dessa amplitude de alcance do direito de propriedade, marcada pela diversidade de objetos, caracteres e funções de cada uma de suas manifestações, é evidente a insuficiência da disciplina constitucional para se definir e limitar o seu conteúdo. Inclusive, como já ressaltado em passagem anterior deste estudo, a propriedade é um daqueles direitos fundamentais que têm o âmbito de proteção estritamente normativo, por exigir exaustivo trabalho do legislador ordinário para a sua concretização. Pois, se de um lado a Constituição garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), do outro não fornece seu conceito, define os conteúdos e faculdades, forma de aquisição, exercício, perda e limites, que são elementos indispensáveis à sua própria existência<sup>184</sup>. Aqui, aparece decisiva a participação do legislador ordinário, a quem é conferido - seja pelo caráter aberto do conceito constitucional de propriedade (com exceção do seu núcleo essencial, como será visto), seja pela necessidade de guardar um conteúdo dinâmico, propício ao acompanhamento das mudanças sociais e às evoluções tecnológicas (econômicas, ambientais etc) – um amplo poder de configuração, que se mistura, evidentemente, com a possibilidade de impor restrições ao seu âmbito de proteção<sup>185</sup>.

Esse amplo poder do legislador de definir o conteúdo e impor limites ao direito de propriedade, no entanto, encontra marcos estruturais impositivos e barreiras na própria Constituição Federal. O primeiro e mais importante desses marcos, que se incorporou à própria estrutura do direito<sup>186</sup>, foi a promoção de

<sup>184</sup> Veja-se o exemplo do direito à herança, garantido no art. 5º, XXX, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “é garantido o direito de herança”. Se é certo que um conteúdo mínimo pode ser extraído da dicção constitucional, qual seja, familiares fazem jus à apropriação dos bens deixados por membros da família que falecerem, ficou a cargo do legislador ordinário conformar amplamente o direito de herança, o que fez no Código Civil (Livro V – Do direito das sucessões), ao indicar os parentes beneficiários da herança, a ordem de sucessão hereditária, os herdeiros necessários, os bens nela incluídos, a possibilidade de deserdação de herdeiros etc.

<sup>185</sup> Atualmente, é expressivo o número de leis que concretizam o direito de propriedade em suas mais diversas manifestações, podendo ser citadas: a) o Código Civil, que regulamenta, em caráter geral, a propriedade no que toca aos direitos reais, de crédito e empresas; b) a Lei 9.610/98, que trata da propriedade autoral; c) a Lei 9.279/96, que regulamenta a propriedade de inventos, de marcas e indústrias e de nome de empresas; d) a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que trata da propriedade urbana; e) a Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra), que regulamenta o uso da propriedade rural; f) a Lei 6.404/76, que regulamenta as Sociedades Anônimas; g) as Leis 9.605/98 e 9.985/00, que tratam da proteção ambiental; h) a Lei 8.629/93, que trata da reforma agrária, etc.

<sup>186</sup> Segundo Gustavo Tepedino: “A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu *‘perfil interno’* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *‘massimo sociale’*” (TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit. pp. 318-9). Na mesma linha temos as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “A função social, portanto,

sua função social (art. 5º, XXVIII), corporificada no dever imposto a todo proprietário de observar e promover, quando do uso, gozo, disposição e retomada do objeto de sua propriedade, as finalidades sociais e econômicas que lhe são próprias. Há muito não se admite, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que qualquer das manifestações da propriedade receba regramento e seja exercida em descompasso com os interesses coletivos, em particular dos não-proprietários<sup>187</sup>. Portanto, foi definitivamente encerrada a era da propriedade como direito absoluto, passível de ser utilizada em benefício exclusivo e egoístico do seu titular, ou mesmo não utilizada, com mera pretensão especulativa.

É certo que todas as manifestações da propriedade guardam usos que lhe são inerentes, e que convergem tanto para a promoção dos interesses privados do proprietário quanto do interesse social. Assim é a destinação da propriedade rural para a produção agropecuária (arts. 184 a 191 da CF), da propriedade urbana para as construções residenciais e comerciais (arts. 182 e 183 da CF e Lei 10.257/01), da empresa para a produção de bens e serviços e geração de empregos, do crédito para fomentar a economia e garantir o acesso da população aos bens de consumo etc. O titular dessas propriedades deve, sempre, sob pena de perder a proteção constitucional que agasalha o seu direito<sup>188</sup>, utilizá-las para a promoção dos objetivos sociais e econômicos acima

---

é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, converte-se em um quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, op. cit. p. 206).

<sup>187</sup> Essa imposição de observância da função social da propriedade penetrou até mesmo no maior dos símbolos do direito privado, que sempre tratou a propriedade como direito absoluto e exclusivo de seu titular. Veja-se a redação do art. 1.228 do Código Civil de 2002: Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

<sup>188</sup> De acordo com Welinton Militão dos Santos: “Sem o atendimento da função social que lhe foi imposta pela Constituição, a propriedade perde sua legitimidade jurídica e o seu titular, no nosso entender, não pode mais arguir em seu favor o direito individual de propriedade, devendo se submeter às sanções do ordenamento jurídico para ressocializar a propriedade”(SANTOS, Welinton Militão dos. *Função Social da Propriedade: Direitos e Deveres Fundamentais Decorrentes – Juiz como intérprete autêntico*. Direito Federal – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 23. n. 88. Abril a Junho de 2007. p. 212). Seguindo na mesma linha de entendimento, mas apontando pautas razoáveis e fundadas em critérios racionais para negar proteção

indicados ou outros de alcance semelhante, que evidentemente não amesquinham as faculdades essenciais da propriedade privada (uso, gozo e disposição)<sup>189</sup>. Por isso se diz, com razão, que a função social não é um inimigo do direito de propriedade, mas um instrumento de sua máxima otimização individual e social. Nesse sentido a precisa lição de André Osório Godinho:

“Por tudo o que aqui já foi dito, pode parecer que a função social da propriedade significa uma espécie de derrogação da propriedade privada, verdadeira conspiração anticapitalista encravada no seio dos interesses proprietários. Pode ainda parecer que a função social da propriedade representa um golpe contra a liberdade do proprietário de escolher a forma como bem (ou mal) pretende exercer o domínio sobre o bem que lhe pertence.

Essas leituras não coincidem com a finalidade do princípio ora em comento. A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concebida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.

A análise sistemática do direito de propriedade concebido pela Constituição Federal informa que a propriedade não pode ser reduzida a qualquer valor (propriedade formal), como um decadente título de nobreza. O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como de persegui-la contra quem injustamente a detenha. A propriedade continua tendo seu conteúdo protegido, cabendo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, gozo, limites, sempre no intuito de favorecer a função social da propriedade. O proprietário mantém o seu status de dono, apesar da necessidade de controle social sobre o seu comportamento, significando que terá o seu direito respeitado e tutelado contra qualquer lesão seja de particular ou pública<sup>190</sup>

A partir do momento em que a função social passou a fazer parte do conteúdo do direito de propriedade, transformando-o em um direito subjetivo condicionado ao atendimento do interesse coletivo, este deixou de apresentar-se em favor de seu titular somente como um feixe de direitos (usar, gozar, dispor e reivindicar), para irradiar também uma ampla gama de deveres, necessários à promoção do conteúdo funcional da propriedade, que migrou, assim, para o rol das relações jurídicas complexas<sup>191</sup>. Como a obediência à função social impõe-

---

jurídica à propriedade que não cumpre a sua função social, ver LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit. pp. 142-63.

<sup>189</sup> Nos exemplos citados, sem descurar da promoção da função social, o proprietário poderá explorar economicamente tais bens, diretamente ou por terceiros (produção agropecuária, arrendamento e parcerias rurais, empreendimentos imobiliários, aluguéis etc).

<sup>190</sup> GONDINHO, André Osório, op. cit. pp. 417-8.

<sup>191</sup> Segundo Cristiano de Farias e Nelson Rosendal: “A locução relação jurídica complexa sintetiza exatamente esta dimensão plural de direitos e deveres recíprocos, derivados de um mesmo fato jurídico, exprimindo duas situações jurídicas contrapostas e o balanceamento de interesses de cada um dos pólos da relação. O proprietário se

se a todas as múltiplas e diferenciadas propriedades constitucionais, não podemos falar em função social, mas sim em “funções sociais da propriedade”, que fundamentam uma série de limites negativos e positivos, estímulos e sanções, limitadores e impulsionadores ao direito de propriedade, destinados ao titular da propriedade, ao legislador e ao juiz<sup>192</sup>. A título exemplificativo, além dos já conhecidos deveres de proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF), de dar adequado aproveitamento ao solo urbano - sob pena de gerar como sanções a obrigação de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo ou desapropriação (art. 182, § 4º, hoje regulamentado pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01) -, de manter a propriedade rural produtiva - sob pena de desapropriação (arts. 184 e 185 da CF, regulamentados pela Lei 8.629/93) -, previstos expressamente na Carta de 1988<sup>193</sup>, podem ser citados como manifestações da carga eficaz da função social da propriedade: a) o subsídio concedido a empresas geradoras de emprego para que se instalem em determinadas regiões do país; b) isentar de pagamento de tributos propriedades

---

encontrará em situação ativa e passiva e só poderá demandar abstenção da coletividade se, a seu turno, conceder função social” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, op. cit. p. 208).

<sup>192</sup> Segundo André Osório Gondinho: “O proprietário, através de seus atos e atividades, não pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, como também, para ter garantida a tutela jurídica ao seu direito, deve proceder conforme a razão pela qual o direito de propriedade lhe foi outorgado. (...) A função social impõe ao legislador que não conceda ao titular da propriedade, mediante normas infraconstitucionais, poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse social positivamente tutelado, mas também que predisponha um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir os objetivos constitucionais relevantes. (...) o operador jurídico deve ter sempre a função social como critério de interpretação e aplicação do direito, deixando de aplicar as normas que lhe forem incompatíveis” (GONDINHO, André Osório, op. cit. pp. 421-2).

<sup>193</sup> A Constituição de 1988 traz outros marcantes exemplos de atribuição de função social à propriedade, de observância obrigatória pelo legislador ordinário quando de seu trabalho de definição do conteúdo das diversas manifestações do direito de propriedade: a) é garantida a propriedade sobre inventos industriais (patentes), podendo o seu titular dela gozar, dispor e impedir terceiro de reproduzi-la (pelo prazo de 20 anos, nos termos dos artigos 40 e 42 da Lei 9.279/96), sem prejuízo de, demonstrado interesse social de ordem superior, traduzido na garantia de direitos fundamentais como a vida e a dignidade, ser possível suspender a sua exclusividade, como ocorreu recentemente no Brasil no caso de remédios destinados ao controle da AIDS (art. 5º, XXIX); b) União, Estados e Municípios dispensarão tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando a incentivá-las pela simplificação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179); c) o art. 221 impõe às empresas de comunicação a função social de produzir e divulgar programas com finalidades educativas, culturais, artísticas e informativas, com destaque para o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; d) a exploração de recursos hídricos e minerais em terras indígenas possuem condicionantes especiais (art. 231, § 3º) em relação às propriedades comuns (art. 176); e) os imóveis rurais distribuídos por força da reforma agrária são inegociáveis pelos beneficiários pelo prazo de dez anos (art. 189); f) as glebas de terras utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas serão expropriadas e destinadas à reforma agrária, sem qualquer indenização ao proprietário (art. 243) etc.

de valor histórico, preservadas ou tombadas; c) concessão de crédito privilegiado para a construção de casa própria; d) impedir penhora sobre imóveis residenciais ou instrumentos necessários ao exercício profissional; e) concessão de benefícios a empresas para evitar falência (efetivado por meio da Lei 11.101/05); f) edição de novos instrumentos legais para converter a posse socialmente útil em propriedade (arts. 183 e 191 da CF, art. 10 da Lei 10.257/01, art. 1.238, §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002).

Como visto, é preponderante a participação do legislador na configuração e concretização do direito de propriedade, atividades na qual se incluem, obrigatoriamente, a prerrogativa de impor uma série de limites a esse direito, sem os quais a sua função social não seria alcançada. Entre as principais limitações, que afetam negativamente algumas faculdades do titular, podem ser citadas: a desapropriação, a prescrição extintiva e aquisitiva (usucapião), as limitações administrativas (direito de construir, zoneamento urbano, tombamento), o estabelecimento de áreas de proteção ambiental, o controle sobre preços e reajustes contratuais (aluguel), a salvaguarda de bens do devedor em detrimento do direito do credor etc. Todos esses limites citados exemplificativamente, e muitos outros que se incorporam às mais diversas manifestações proprietárias, pelo seu potencial realizador da função social da propriedade, estão cobertos pela liberdade que a Constituição conferiu ao legislador para configurar o direito em questão.

No entanto, como já frisado anteriormente, essa liberdade não é irrestrita. Inobstante possa redesenhar o instituto da propriedade, o legislador não pode socializá-la, funcionalizando-a exclusivamente em prol do interesse coletivo, ou mesmo despojá-la de uma carga eficaz mínima<sup>194</sup> de faculdades que lhe são inerentes como o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação (salvo os casos de desapropriação ou expropriação), sob pena de esvaziar totalmente o direito de propriedade inscrito no art. 5º, XXII, da Constituição e reafirmado no art. 170, II, com reforço para o seu conteúdo privado<sup>195</sup>. Nesse sentido são pertinentes as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

---

<sup>194</sup> Nos próximos capítulos, quando da análise da ponderação entre o direito à moradia e o direito de propriedade, será enfrentada a questão da carga eficaz mínima deste último, na sua específica manifestação de direito obrigacional (crédito).

<sup>195</sup> Este estudo não compartilha do entendimento sustentado entre nós por autores como Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Artigo obtido pela Internet, extraído do site [WWW.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm](http://WWW.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm), da Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em 31.01.2008. pp. 05-10), de que somente a propriedade que promove uma função existencial, de garantia da dignidade da pessoa humana, merece proteção da norma de direito fundamental do art. 5º, XXII, ficando de

“A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade como instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a intenso processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade como garantia institucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

(...)

Vê-se, pois, que legislador dispõe de relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) do direito de propriedade, constituído pela *utilidade privada* e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade.

(...)

A pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a *utilidade privada* do bem para o seu titular (respeito ao núcleo essencial). Por outro lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição e o exercício desse direito”.<sup>196</sup>

Em face de sua destacada posição de principal fonte de receita para o Estado, bem como de sua forte e invasiva carga patrimonial<sup>197</sup>, o poder de tributar ganhou *status* de interesse constitucionalmente protegido, conforme pode ser visto na Constituição Federal de 1988, que além de regulá-lo em

---

fora as que exercem função meramente patrimoniais. Certamente, não é essa a melhor interpretação do citado dispositivo constitucional, que não fez a distinção invocada por esta corrente de entendimento, colocando sob o seu manto de proteção todas as manifestações proprietárias. O receio da propriedade se tornar um instrumento de opressão, obstaculizando a promoção da dignidade da pessoa humana, resolve-se, perfeitamente, e sem a necessidade de interpretações artificiais, no plano das ponderações legislativas, administrativas e judiciais para conciliar o direito de propriedade e sua função social, quando, é certo, valendo-se do conjunto pricipiológico da Constituição e de suas pautas prévias acerca da disputa (aplicações e indicações concretas da função social já constantes da Constituição), terá preponderância a função social, com a conformação do direito de propriedade ao atendimento de suas expectativas, sem, no entanto, sumprimi-lo do mundo jurídico.

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. pp. 155-62.

<sup>197</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário : de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006.* – 2 ed. rev. atual. – São Paulo : Saraiva, 2006. p. 329.

dispositivos esparsos (arts. 5º, XXXV, 195), dedicou todo um Capítulo (I) do Título VI (Da Tributação e Orçamento) para instituir os princípios fundamentais e os comandos estruturais do Sistema Tributário Nacional. E toda essa atenção e *status* não é imotivada.

A arrecadação de tributos, fonte principal de receita para os cofres públicos, é instrumento essencial à própria existência do Estado como ente político organizado em prol da busca do bem comum, e imprescindível para a realização de seus principais objetivos como a manutenção de organismos de garantia dos direitos de liberdade (forças policiais, órgãos judiciários, corpos legislativos etc) e de promoção de direitos sociais (escolas, hospitais, sistema previdenciário etc)<sup>198</sup>. Essa forte vinculação do interesse tributário estatal com a garantia e a promoção dos direitos fundamentais já justificaria, por si só, a sua proteção constitucional, para dotar o Estado de mecanismos jurídicos superiores, perenes e efetivos de arrecadação<sup>199</sup> de recursos de seus administrados. Na verdade, com a constitucionalização do interesse tributário estatal, criou-se o que se convencionou chamar de “dever fundamental de pagar tributos”<sup>200</sup>, exigência inafastável dos Estados Modernos na visão de José Casalta Nabais:

“(...) qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização, justamente porque visa realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos de liberdade, sejam os mais modernos direitos sociais, não pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade”<sup>201</sup>.

Importante registrar que esse dever fundamental de pagar tributos representa uma verdadeira cidadania fiscal, encontrando fundamento no princípio da solidariedade, conforme destaca Betina Treiger Grupenmacher:

<sup>198</sup> PIRES, Adilson Rodrigues. *O Processo de Inclusão Social sob a Ótica do Direito Tributário*. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (organizadores). *Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79.

<sup>199</sup> Essa efetividade deve alcançar as fases de imposição, arrecadação e cobrança dos tributos, inclusive no que toca aos contribuintes inadimplentes.

<sup>200</sup> Segundo Ricardo Lobo Torres: “O poder fiscal se constitui no espaço aberto pelas imunidades e privilégios. Impõe o dever fundamental de pagar tributos, que aparece ao lado de poucos outros deveres criados pelo Estado de Direito – os de servir ao júri, prestar serviço militar e colaborar com a justiça eleitoral” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume III - os direitos humanos e a tributação : imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999).

<sup>201</sup> NABAIS, José Casalta. *Por um Estado Fiscal Suportável*. In: *Estudos de Direito Fiscal*. Portugal: Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

“Todos temos, portanto, responsabilidade de fazer frente aos custos despendidos com a realização do bem comum, desde que, observada a capacidade contributiva de forma individual, assim, a solidariedade na tributação reflete sacrifício individual em benefício do interesse geral”<sup>202</sup>.

Além de privilegiar a arrecadação de recursos, a constitucionalização do poder de tributar foi guiada, principalmente, pela imperiosa necessidade de se resguardar os interesses fundamentais dos contribuintes, pois se exercido sem limites seguros pode aniquilar o direito de propriedade e comprometer a própria subsistência das pessoas físicas e jurídicas. Para tanto, juntamente com a fixação de competências expressas de impor e cobrar tributos, a Constituição estabeleceu um sistema amplo de limitações ao poder de tributar, constituído de regras e princípios, entre as quais se destacam: a reserva de lei, a anterioridade, a igualdade, o respeito à capacidade contributiva, a vedação do não confisco e as imunidades<sup>203</sup>, que se tornaram verdadeiros direitos fundamentais do cidadão contribuinte<sup>204</sup>.

Como desborda dos objetivos deste trabalho a análise específica do sistema constitucional tributário e das limitações ao poder de tributar, fica o registro, no que interessa para o enfrentamento das questões a serem abordadas a seguir, que as cláusulas de abertura do art. 5º, § 2º - direitos fundamentais – e do art. 150<sup>205</sup> – limitações ao poder de tributar -, somadas ao princípio vetor da dignidade da pessoa humana, asseguram, como direito fundamental do cidadão contribuinte e de seus dependentes, que o poder de tributar do Estado não pode avançar sobre o conjunto dos mais diversos bens que lhes garantem uma vida digna<sup>206</sup>, o chamado “mínimo existencial”<sup>207</sup>, no qual

<sup>202</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Justiça Fiscal e Mínimo Existencial*. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (organizadores). *Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 106.

<sup>203</sup> Para um profundo estudo das limitações ao poder de tributar, ver ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit.

<sup>204</sup> Ver decisão do STF na ADIn 939-7, Ac. do Pleno, de 15.12.93, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 18.03.04, por meio da qual foi reconhecido ao princípio da anterioridade da tributação o *status* de “garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição)”.

<sup>205</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e os Municípios: I – (...).

<sup>206</sup> Esse direito fundamental tem existência independente e âmbito de proteção mais extenso de que os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, constantes, respectivamente, dos arts. 145, § 1º e 150, IV, da CF. A sua carga eficaz constante, por exemplo, a paralisação da pretensão do Estado de mover execução fiscal contra contribuinte inadimplente, possuidor, no momento, somente do mínimo existencial, ainda que a tributação, à época do fato gerador e lançamento, tenha de dado com observância da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

podem ser incluídos, exemplificativamente, o imóvel residencial, a renda necessária para exercer o direito à moradia, prestações de saúde, educação, alimentação etc. A doutrina nacional já se posicionou acerca desta questão, como pode ser visto das precisas passagens abaixo:

“O essencial é que a dignidade humana, apesar de não possuir eficácia direta sobre a matéria tributária, tem uma eficácia indireta sobre as relações obrigacionais tributárias: como as relações obrigacionais tributárias possuem efeitos patrimoniais decorrentes da apropriação de meios de pagamento e efeitos comportamentais juntos ou separados dos encargos tributários, elas atingem a esfera privada e mantêm relação necessária com a propriedade, cuja disponibilidade é afetada. O direito à vida não é violado pelas leis tributárias, desde que se mantenha disponível um mínimo em liberdade e em propriedade. O dever de coerência exige que exista uma principal relação de tensão entre a competência do Poder Legislativo para instituir tributos e a dignidade humana e os direitos fundamentais de liberdade de os sujeitos passivos desenvolverem sua propriedade privada e sua iniciativa privada, em virtude da qual deve ser encontrada uma harmonia entre interesses privados e públicos na determinação da carga tributária. A preservação do direito à vida e à dignidade e da garantia dos direitos fundamentais de liberdade alicerçam não apenas uma pretensão de defesa contra restrições injustificadas do Estado nesses bens jurídicos, mas exigem do Estado efetivas medidas para a proteção desses bens. O aspecto tributário dessa tarefa é a proibição de tributar o mínimo existencial do sujeito passivo”<sup>208</sup>

“O respeito à dignidade implica, portanto, na intributabilidade da renda mínima para garanti-la. Quer-se afirmar com isso que observar o princípio da capacidade contributiva implica em respeitar a intributabilidade do chamado mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial não há capacidade contributiva, ou seja, se a renda auferida não superar o montante das necessidades existenciais do contribuinte e de sua família não existe riqueza disponível a ser tributada”<sup>209</sup>.

Em importante manifestação, que, inclusive, fez menção expressa ao direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no mesmo sentido, veja-se:

“A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional

<sup>207</sup> A Constituição de 1988 é clara ao tomar essa opção, quando impede a instituição de imposto (art. 150, VI, “c”) e isenta das contribuições à seguridade social (art. 195, § 7) as entidades beneficentes de assistência social, que num país ainda assolado pela pobreza como o Brasil garantem a milhares de pessoas diversas prestações voltadas ao suprimento de necessidades vitais básicas.

<sup>208</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. pp. 326-7.

<sup>209</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger, op. cit. p. 110.

lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde, habitação, por exemplo)<sup>210</sup>

## 4.2

### Colisões com o direito à moradia e imposição de restrições

Como já foi demonstrado em capítulo diverso deste estudo<sup>211</sup>, os direitos fundamentais e os interesses constitucionalmente protegidos entram frequentemente em rota de colisão, exigindo de todos os intérpretes-aplicadores, com destaque para o legislador e o juiz, redobrado esforço para promover a máxima efetividade de cada um dos preceitos em disputa, como determina o princípio da unidade da Constituição. Essa tarefa de promoção se desenvolve por meio de um processo complexo, integrado por fases distintas mas interdependentes, por meio das quais, primeiro, é desvendado o conteúdo e o âmbito de proteção dos direitos e interesses em disputa, identificando o que pretendem garantir e os elementos concretos indispensáveis à sua existência. Em seguida, são identificadas as colisões, ou seja, em quais pontos a realização de um direito ou interesse de um titular produz efeitos negativos sobre o direito ou interesse da mesma categoria de outro titular<sup>212</sup>. Na terceira fase, valendo-se da técnica da ponderação, são impostas restrições aos direitos e interesses em colisão, que permitem identificar com precisão o seu real âmbito de proteção. Por fim, as restrições impostas são submetidas a uma sindicância, para se apurar se não destoam das previsões constitucionais (reserva legal simples e qualificada), se são proporcionais e se preservaram o núcleo essencial dos direitos e interesses.

Essa situação de colisão marca, inegavelmente, as relações entre o direito à moradia e o direito de propriedade, e o direito à moradia e o interesse tributário estatal, na medida em que a plena efetivação de um deles pode, em muitos casos, trazer reflexos negativos à realização dos demais.

Dos apontamentos desenvolvidos ao longo do capítulo anterior, pode-se afirmar que o conteúdo e o âmbito de proteção iniciais do direito à moradia incluem a prerrogativa atribuída a toda pessoa de ocupar por tempo razoável um imóvel fisicamente seguro e adaptado às suas condições físicas, dotado de infraestrutura básica, localizado em área que permita o acesso dos moradores aos

---

<sup>210</sup> Medida Cautelar na ADIn n. 2.010, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 30.09.99, DJ 12.04.02, p. 51.

<sup>211</sup> Capítulo 2

<sup>212</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 229-30.

equipamentos e serviços públicos essenciais, a um custo que não comprometa a fruição de outros direitos fundamentais, no qual possa se proteger das intempéries, e, com resguardo da intimidade, praticar atos elementares da vida como a alimentação, o repouso, a reprodução, a convivência etc<sup>213</sup>. Portanto, é certo que o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, pretende garantir que todos os brasileiros possam ocupar um imóvel adequado que lhes sirva de morada, o que engloba, evidentemente, colocar a salvo de apropriação por terceiros o imóvel no qual esse direito já vem sendo exercido por seu titular, bem como promover ações positivas que garantam o acesso de todos à moradia.

No mesmo contexto, e agora fazendo uso das lições constantes do item anterior deste capítulo, tem-se que o conteúdo e o âmbito de proteção iniciais do direito de propriedade, inscrito no art. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII da Constituição Federal, centra-se na prerrogativa do seu titular de, atendidas as funções sociais das mais diversas manifestações proprietárias, usar, gozar e dispor de seus bens, bem como de reavê-los de quem injustamente os possua. Já no que toca ao interesse tributário estatal, o conteúdo e o âmbito de proteção iniciais se traduzem na prerrogativa atribuída aos entes públicos de, observadas as limitações constantes da própria Carta Magna, instituir tributos sobre fatos geradores diversos e efetivar a sua cobrança, para fins de obter os recursos necessários à sua manutenção e o cumprimento das funções que lhe são inerentes.

Fixados os conteúdos e os âmbitos de proteção iniciais do direito à moradia, do direito de propriedade e do interesse tributário estatal, fica fácil identificar situações concretas<sup>214</sup> nas quais a realização de um deles interferirá de forma negativa na efetivação dos demais, demandando a adoção de soluções interpretativas, fundadas na técnica da ponderação.

Como primeiro exemplo, podem ser citadas as situações em que o exercício do direito à moradia, fundado na posse sobre o imóvel, é colocado sob

---

<sup>213</sup> Para lembrar o conteúdo do que seja imóvel fisicamente seguro, adaptado às condições físicas do morador, infra-estrutura básica, localização em área que permita acesso aos serviços públicos essenciais, tempo razoável (segurança e estabilidade na posse) e custo que não comprometa a fruição de outros direitos fundamentais, ver item 3.3 do capítulo anterior.

<sup>214</sup> Em nota anterior (22) já ficou registrado que os conflitos envolvendo direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos são do tipo parcial-parcial, uma vez que as normas que os enunciam, consideradas abstratamente, possuem âmbito de proteção diverso, que convivem harmonicamente, como é o caso do direito à moradia, do direito de propriedade e do interesse tributário estatal. Somente em situações concretas os campos de aplicação se cruzam, gerando antinomias que demandam a adoção de soluções interpretativas, fundadas na técnica da ponderação.

ameaça pela pretensão reivindicatória do proprietário. O morador-possuidor pode ser privado de seu direito à moradia pelo exercício pelo proprietário da sua faculdade de reivindicar o imóvel de quem injustamente o está possuindo. No caso, ocorre colisão entre o direito à moradia do possuidor e o direito de propriedade do dono do imóvel. Pela regularidade de sua incidência e relevância de seu alcance, inclusive como instrumento de pacificação social, essa colisão foi extensamente regulamentada no ordenamento jurídico pátrio, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, tendo o legislador claramente optado, em seus juízos de ponderação, por dar prevalência ao direito à moradia, ao estabelecer uma série de mecanismos jurídicos para convolar a mera posse do morador em propriedade, em detrimento do direito de reivindicação do proprietário do imóvel, que sofreu inúmeras restrições.

A lado das já tradicionais usucapião extraordinário<sup>215</sup> e ordinário<sup>216</sup>, que tiveram seus prazos reduzidos no Código Civil de 2002, com destaque para as situações em que o imóvel serve de moradia habitual (parágrafo único), podem ser citados os seguintes dispositivos constitucionais e legais que traduzem a preocupação do legislador nos últimos anos em privilegiar o direito à moradia em detrimento do direito de propriedade, em especial nos conflitos possessórios multitudinários<sup>217</sup>:

<sup>215</sup> Art. 1.238 do Código Civil de 2002 – Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o Cartório de Registro de Imóveis (correspondência: art. 550 do CC/1916).

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (sem correspondência no CC/1916).

<sup>216</sup> Art. 1.242 do Código Civil de 2002 – Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por 10 (dez) anos (correspondência: art. 551, *caput*, do CC/1916).

Parágrafo único. Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (sem correspondência no CC/1916).

<sup>217</sup> Ressaltando a importância da posse em relação à propriedade que não cumpre sua função social, afirmam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal: “Quando houver divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe deu função social, e, de outro lado, o possuidor, que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, será necessário priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir à dignidade da pessoa humana. Optar cegamente pela defesa da situação proprietária, em detrimento da situação do possuidor implica a validação do abuso de direito de propriedade como negação de sua função social, importando mesmo em ratificação de ato ilícito, na dicção do art. 187 do Código Civil. Eventualmente, o direito de propriedade será paralisado pelo direito à posse. Duas ordens se colocam em tensão: a de garantia e conservação de bens (estatuto patrimonial) e a de acesso aos mesmos bens (estatuto existencial). Daí a necessidade de

Art. 183 da CF/88 (Usucapião Especial Urbana ou *pro moradia*) - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191 da CF/88 (Usucapião Especial Rural) - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.<sup>218</sup>

Art. 9º da Lei 10.257/01(Usucapião Especial Urbana) - Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 10º da Lei 10.257/01 (Usucapião Coletiva Urbana) - As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.<sup>219</sup>

Art. 1.228 do Código Civil de 2002 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º (Desapropriação Judicial Indireta por interesse social): O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores<sup>220</sup>.

---

alcançarmos a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma ao direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF) (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, op. cit. pp. 49-50).

<sup>218</sup> Além do direito à moradia, o dispositivo em questão também promove outros direitos como a subsistência e o acesso ao trabalho.

<sup>219</sup> Comentando o dispositivo em foco, asseveram Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald: “A usucapião coletiva de imóveis particulares é forte instrumento de função social da propriedade, uma vez que permite uma alternativa de aquisição de propriedade em prol de possuidores que não tenham acesso a ações individuais de usucapião – porque o imóvel está encravado em loteamento irregular ou porque a área possuída é inferior ao módulo urbano mínimo. Com a opção pela usucapião coletiva, o legislador retirou a injustiça da prevalência da forma sobre o fundo, permitindo-se não só a aquisição da propriedade pela comunidade de possuidores, como a urbanização da área e ampliação da prestação de serviços públicos sobre os imóveis (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, op. cit. p. 295).

<sup>220</sup> Muitas discussões ainda serão travadas para se concluir, definitivamente, quem será o responsável pelo pagamento da indenização prevista neste dispositivo legal, se a

Já em 1994, bem antes da própria legislação ordinária tomar partido em favor da posse para fins de moradia em detrimento da propriedade não utilizada ou subutilizada, como fez agora com o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e o Código Civil de 2002, o Poder Judiciário já extraía diretamente da própria Constituição Federal de 1988 alguns efeitos dessa escolha, como pode ser visto de decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, já confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementada:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA: Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função social da propriedade – Direito de indenização dos proprietários – Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito. (TJSP – 8ª Câm.; Ap. Cível n. 212.726-1-8 São Paulo; Rel. Des. José Osório; j. 16.12.1994; v.u).<sup>221</sup>”

---

coletividade das pessoas beneficiadas ou o Poder Público. Sem adentrar a fundo nesse instigante tema, deixo assentadas duas premissas. Primeira, caso de exija de uma coletividade de pessoas carentes o pagamento da indenização, a eficácia da norma estará seriamente comprometida, podendo se tornar letra morta. Segunda, se as obras implementadas no imóvel estiverem servindo de moradia para uma coletividade de pessoas carentes, existe fundamento constitucional, estribado na eficácia positiva ou prestacional do direito à moradia (arts. 6º e 23, IX da CF), para atribuir ao Poder Público a responsabilidade pelo pagamento da indenização.

<sup>221</sup> Na síntese de André Osório Gondinho: “Tratava o caso de ação reivindicatória referente a lotes de terreno ocupados por favela, a qual foi julgada procedente em primeira instância, tendo sido repelida a alegação de usucapião e condenados os réus na desocupação da área, sem direito a retenção por benfeitorias e devendo, ainda, pagar indenização pela ocupação desde o ajuizamento da demanda. As verbas da sucumbência ficaram subordinadas à condição de beneficiários da assistência judiciária gratuita. Mesmo reconhecendo não haver ocorrido no caso a aquisição por usucapião, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o direito de seqüela dos proprietários, por entender que o abandono dos lotes, tragados pela favela, constitui exercício anti-social do direito de propriedade que não pode persistir no atual sistema constitucional. Ademais, a existência de uma favela dotada de equipamentos urbanos é uma realidade social que não pode ser esquecida pelo Direito” (GONDINHO, André Osório, op. cit. pp. 422-5). Pelo conteúdo marcante de suas afirmações, merecem transcrição alguns trechos do acórdão: “Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 09 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. (...) O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do direito. É uma operação socialmente impossível. (...) O atual direito positivo brasileiro não comporta ao pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo artigo 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal ou que se desenvolva paralelamente a

O segundo exemplo tem como palco as situações em que o exercício do direito à moradia, fundado em contrato de aluguel, vê-se oprimido e vilipendiado pela parte mais forte da relação jurídica, o proprietário-locador. O morador-locatário pode sofrer as mais diversas ingerências em seu direito à moradia, desde uma contratação em termos nocivos, passando pelo constante e excessivo aumento do aluguel, até a perda abrupta de sua morada, caso se garanta ao proprietário-locador ampla liberdade de estabelecer os termos em que irá gozar, dispor e reaver o imóvel objeto do negócio jurídico. Para solver essas colisões, regulamentando um dos instrumentos mais populares de acesso à moradia no Brasil, tornou-se imperiosa a intervenção do Estado na economia interna dos contratos de locação<sup>222</sup>, fixando normas de ordem pública, de observância obrigatória<sup>223</sup>, que assegurem o direito à moradia dos locatários em detrimento do direito de propriedade e da autonomia negocial dos locadores. Sobre a questão asseverou Gustavo Tepedino em duas marcantes passagens:

“A Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, um importante momento da longa trajetória da legislação intervencionista em matéria de locação predial urbana, traduzindo a determinação do legislador em compatibilizar valores constitucionalmente tutelados – atinentes à moradia e ao fundo empresarial – com a deliberada ampliação da autonomia contratual, à guisa de dinamizar o setor, estimular novas construções e aumentar a oferta de imóveis para a locação, fatores indispensáveis para a regulação do mercado locatício”<sup>224</sup>

“A Lei de locações de Imóveis Urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991) não pôde prever todos os conflitos entre locador e locatário, mas fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do

---

ela. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc). (...) No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 09 (nove) lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários” (trechos extraídos de GONDINHO, André Osório, op. cit. pp. 423-5).

<sup>222</sup> Como visto no capítulo anterior, itens 3.2 e 3.4, uma das manifestações da eficácia do direito à moradia é impor ao Estado um dever prestacional de editar legislação (direito a prestações normativas) para regulamentar as locações residenciais, conciliando os direitos das partes contratantes. Essa prestação foi satisfeita com a edição da Lei 8.245/91, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos.

<sup>223</sup> Esse o teor do art. 45 da Lei 8.245/91: “São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem elidir os objetivos da presente Lei, notadamente as que proibam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito de renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto”.

<sup>224</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º a 26)”. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit. pp. 153-4.

trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*. Na operacionalização da Lei de Locações não será consentido ao intérprete deixar de levar em conta os princípios constitucionais que informam o legislador especial, em particular o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a estabilidade do inquilino na comunidade familiar, em seu local de trabalho e em sua moradia adquira valor prioritário na solução dos conflitos de interesses<sup>225</sup>.

No exercício de sua atividade conformadora da Constituição Federal, e após efetuar juízo de ponderação, o legislador ordinário editou a Lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos, assegurando mecanismos imprescindíveis para a promoção e estabilidade do direito à moradia dos locatários, com visíveis restrições aos direitos de propriedade e autonomia contratual dos locadores. Entre outros, vejam-se os seguintes dispositivos do diploma legal em questão<sup>226</sup>:

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 924 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Art. 11. Morrendo locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações:  
I – nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do de cujus, desde que residentes no imóvel;

Art. 17. É livre a convenção do aluguel, vedade a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo.  
Parágrafo único. Nas locações residenciais serão observados os critérios de reajuste previstos na legislação específica.

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I – caução;

II – fiança;

III- seguro de fiança locatícia.

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Art. 62. Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, observar - se - á o seguinte:

<sup>225</sup> TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit. p. 16.

<sup>226</sup> Também podem ser listados os diversos dispositivos que garantem prazo para a desocupação do imóvel em caso de término da locação ou de procedência de ação de despejo (arts. 8º, 46, § 2º, 59 e 61), bem como os que fixam as diversas obrigações do locador durante o prazo da locação (art. 22), entre elas a de pagar as despesas extraordinárias do condomínio (inciso X e parágrafo único).

II - o locatário poderá evitar a rescisão da locação requerendo, no prazo da contestação, autorização para o pagamento do débito atualizado, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial, incluídos:

- a) os aluguéis e acessórios da locação que vencerem até a sua efetivação;
- b) as multas ou penalidades contratuais, quando exigíveis;
- c) os juros de mora;

Parágrafo único. Não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação.

No âmbito da construção civil, colisão polêmica entre o direito à moradia e o direito de propriedade, que por muito tempo atormentou o Poder Judiciário, dizia respeito ao direito real de hipoteca que onerava imóveis residenciais em construção. As construtoras obtinham financiamento para edificação de unidades habitacionais junto às instituições financeiras, dando em garantia de pagamento a hipoteca dos terrenos. No decorrer das obras, diversas unidades eram vendidas aos futuros proprietários-moradores, que embora pagassem integralmente o preço – acreditando que o numerário pago era utilizado pela construtora para quitar o seu empréstimo junto à instituição financeira -, não conseguiam receber a escritura definitiva de seus imóveis, tendo em vista a inadimplência da construtora em relação ao empréstimo contraído junto à instituição financeira. Assim, exercendo o seu direito de crédito, a instituição financeira penhorava os imóveis no curso de ações executivas, valendo-se da hipoteca firmada anteriormente à aquisição pelos proprietários-moradores. Aqui, identifica-se claramente a colisão aventada. O direito à moradia dos adquirentes das unidades habitacionais, que pagaram por elas todo o preço devido, via-se em risco de ser eliminado em favor do direito de propriedade (crédito) da instituição financeira, que reivindicava o valor emprestado à construtora.

Aplicando as normas de direito civil à disputa, sem uma filtragem constitucional, parece inafastável a solução em favor do direito de propriedade das instituições financeiras. É que a hipoteca, registrada junto ao Cartório de Registro de Imóveis, foi constituída anteriormente à venda dos imóveis aos proprietários-moradores. Portanto, nos extratos termos do art. 1.419 do código Civil de 2002 (correspondência: art. 755, do CC/1916), incide o direito de sequela, que pode ser traduzido como o vínculo real que sujeita a coisa ao cumprimento da obrigação, mesmo em caso de transmissão *inter vivos* ou *causa mortis*. Ademais, os proprietários-moradores não participaram do negócio

jurídico firmado entre construtora e instituição financeira, motivo pelo qual, na condição de terceiros, não podiam questionar a hipoteca.

Entretanto, percebendo a necessidade de se fazer uma releitura do direito civil e das normas que regulamentam as relações patrimoniais entre as pessoas, para compatibilizá-las com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade - que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive entre particulares -, o Poder Judiciário, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, deu outra solução à contenda, optando pelo direito à moradia. Invocando os princípios constitucionais citados e valendo-se das noções civis de função social do contrato e boa-fé objetiva, o tribunal fixou por meio do enunciado número 308 de sua súmula o seguinte entendimento: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”<sup>227</sup>. Comentando o posicionamento adotado pela jurisprudência, assim expressaram Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

“Contudo, pelo princípio da função social do contrato, a matéria sofre novos reflexos. Toda relação contratual gera reflexos perante terceiros, em maior ou menor grau. Trata-se de equívoco acreditar que as relações obrigacionais alcançam apenas as partes, sendo indiferente a terceiros que não participaram do negócio jurídico. O princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) e a cláusula geral da função social (art. 421 do CC) atenuam o efeito relativo e concedem tutela externa ao crédito.

Nas relações contratuais entre as instituições financeiras e construtoras de imóveis, os promitentes compradores são terceiros. Todavia, as instituições financeiras devem atender aos deveres anexos de proteção, cooperação e informação em favor dos terceiros adquirentes, no sentido de colaborar para que esses possam alcançar o adimplemento de suas obrigações. FERNANDO NORONHA, com habitual lucidez, adverte que, “credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a

<sup>227</sup> Eis o teor de um dos acórdãos que fundamentaram a edição do enunciado 308: “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro.- Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora. - O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. Recurso conhecido e provido. (REsp 187940/SP; RECURSO ESPECIAL 1998/0066202-2; Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR; QUARTA TURMA; Data do julgamento 18/02/1999; DJ 21.06.1999 p. 164 RSTJ vol. 122 p. 347)”.

eficácia em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir efeitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subseqüentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador”.

(...)

Trata-se, mais uma vez, de uma forma de aplicação da teoria da *supsessio*, pela qual o exercício da pretensão do credor – instituição financeira – será suprimido, posto considerar-se inadmissível o exercício abusivo de um direito subjetivo ao crédito, após um período de desídia hábil a induzir em outra pessoa a legítima expectativa da aquisição de um direito. Portanto, procedem eventuais embargos de terceiros apostos pelos promissários compradores contra a penhora efetivada em processo de execução hipotecária<sup>228</sup>

Como quarto exemplo, pode ser citado o Decreto n. 13.003, de 26.12.07, da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, que resolvendo colisão entre o direito à moradia e o interesse tributário estatal, afastou a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU<sup>229</sup> - dos imóveis de baixo valor, ocupados para fins residenciais. A norma de isenção tem o seguinte teor:

Art. 6º - Ficam isentos, no exercício de 2008, do IPTU e das Taxas que com ele são cobradas:

I - os proprietários de imóveis dos tipos casa e apartamento de ocupação exclusivamente residencial, classificados no Padrão de Acabamento P1, cujo valor venal, em 1º de janeiro de 2008, não exceda R\$30.104,76 (trinta mil, cento e quatro reais e setenta e seis centavos), assim como os barracões de ocupação exclusivamente residencial, com valor venal até o limite fixado neste inciso; II - os proprietários de imóveis dos tipos casa e apartamento de ocupação exclusivamente residencial, classificados no Padrão de Acabamento P2, cujo valor venal, em 1º de janeiro de 2008, não exceda R\$15.052,37 (quinze mil e cinqüenta e dois reais e trinta e sete centavos).

Essa norma de isenção, prevista na quase totalidade dos municípios brasileiros, visa preservar o mínimo existencial em matéria de moradia, tendo em vista a flagrante falta de capacidade contributiva dos moradores de residências de baixo valor, que já consomem seus poucos recursos com o próprio exercício do direito à moradia (aluguel, água, luz etc) ou com outras necessidades vitais<sup>230</sup>. No mais, é de se ver que a própria Constituição Federal de 1988, ainda que indiretamente, legitima e impõe a concessão da isenção em foco, ao

<sup>228</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, op. cit. pp. 678-9.

<sup>229</sup> Lembre-se que as dívidas de IPTU não estão abrangidas pela garantia de impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida na Lei 8.009/90, conforme art. 3º, inciso IV: “A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”.

<sup>230</sup> Nesse sentido também é a Lei 9.250/95, que estabelece faixa de isenção do imposto de renda, bem como permite deduções - não integrais - a título de gastos com dependentes, saúde e educação.

imunizar da incidência do imposto territorial rural – ITR - as pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (art. 153, VI, § 4º, I), situação fática também ligada ao mínimo existencial em matéria de subsistência e de moradia.

De uma leitura de todos os quatro exemplos acima formulados, percebe-se claramente que as restrições impostas pela legislação infraconstitucional ao direito de propriedade ou ao interesse tributário estatal guardam estrita observância com a Constituição Federal, seja porque são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito na promoção do direito à moradia<sup>231</sup>, seja porque em momento algum violam os seus núcleos essenciais<sup>232</sup>.

Destaque-se que o rol de exemplos formulado não é exaustivo, podendo ser facilmente identificados diversos outros pontos de tensão entre o direito à moradia e o direito de propriedade e o interesse tributário estatal. No entanto, o foco desta dissertação está voltado para uma colisão em especial, que a partir de agora passa a ser o objeto exclusivo de análise, a disputa entre o direito à moradia do devedor – na sua dimensão de manutenção da titularidade do imóvel residencial – e o direito patrimonial dos credores, entre os quais o Fisco – na sua dimensão de buscar no patrimônio do devedor os bens necessários à satisfação de seu crédito. Antes de tocar o cerne específico dessa colisão, é necessário tecer breves comentários acerca da evolução da responsabilidade do devedor, que já passou por fases distintas, algumas de triste recordação. A

relação entre credores e devedores sempre foi conflituosa ao longo da história da humanidade, especialmente diante da situação de inadimplemento do segundo, que autoriza a formalização de atos de cobrança por parte do primeiro. A primeira das fases dessa relação foi a da responsabilidade pessoal do

---

<sup>231</sup> A análise individualizada da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito será feita, somente, no que tange às colisões envolvendo o direito à moradia e o direito dos credores, incluídos os tributários, de reaverem seus créditos em poder dos devedores, questão que é o tema central desta dissertação.

<sup>232</sup> Nos casos de usucapião, embora ocorra perda da propriedade por parte do titular em favor do morador-possuidor, não se pode falar em violação do núcleo essencial desse direito, tendo em vista que a destituição das faculdades de usar, gozar, dispor e reaver somente ocorreu após prazo determinado (mínimo de 05 anos), no qual o proprietário não conferiu qualquer função social à sua propriedade. As limitações impostas pela Lei 8.245/91 não afetam a essência do negócio jurídico aluguel, permitindo sem maiores empecilhos que o locador aufera lucro como o repasse da posse direta do imóvel ao locatário, para fins residenciais. Já a ineficácia da hipoteca perante os proprietários-moradores das unidades residenciais não despoja a instituição financeira de seu direito de crédito, que continuará exigível contra a construtora, com quem realmente contratou. Por fim, no caso da isenção do IPTU, não se pode falar em afetação essencial ao poder de tributar, que permanece passível de imposição aos moradores e propriedades que demonstrem possibilidade de pagamento sem comprometimento do mínimo existencial.

devedor, que respondia com o seu corpo ou sua liberdade pelo adimplemento do débito junto a seu credor. Segundo Ana Marta Cattani de Barros Zilveti:

“A história do devedor inadimplente nos povos da Antiguidade foi marcada por uma sucessão de castigos físicos, execração pública, aplicação da pecha de infâmia, redução à condição de escravo ou de serviçal do credor, morte e esquartajamento do corpo, enfim, toda a sorte de punições pessoais, em que o devedor pagava como o corpo e, às vezes, com o corpo de sua esposa e filhos, pela dívida contraída”<sup>233</sup>.

Essa fase foi vivenciada, com todos os ingredientes de crueldade acima enumerados, no Direito Romano, no período das ações da lei (*legis actiones*), de 754 a.C. até 149 a.C., na vigência do procedimento da *manu iniectio*, previsto inicialmente na Lei das XII Tábuas. Já em 326 a.C., por meio da *Lex Poetelia Papiria*, surgiram os primeiros indícios de patrimonialização da responsabilidade do devedor, com a abolição de medidas cruéis de execução pessoal e o estabelecimento de que os débitos não pagos pelo devedor deveriam ser satisfeitos com o seu patrimônio e não com o seu corpo ou a sua liberdade. Novos avanços surgiram a partir de outros instrumentos normativos como a *Lex Valia* (170 a.C.) e a *actio iudicati*, que limitaram a execução pessoal à possibilidade de o credor exigir que o devedor pagasse sua dívida em prestação de serviços<sup>234</sup>.

Assim tem início, no Direito Romano, a fase da responsabilidade patrimonial do devedor, que agora respondia com os seus bens pelo adimplemento do débito junto a seu credor<sup>235</sup>. A princípio, a execução patrimonial era extremante gravosa, tendo em vista que o instrumento da *venditio bonorum*, de 118 a.C., apregoava a perda de todo o patrimônio do devedor, independentemente do valor da dívida. No caso dos bens não serem suficientes para pagar integralmente a dívida, o devedor poderia sofrer a pena de infâmia, que o tornava um proscrito na vida em sociedade. Essa distorção somente foi corrigida com o surgimento no século II a.C. do *distracto bonorum*, que limitou a execução dos bens ao valor da dívida.

Foi o próprio Direito Romano quem se apercebeu da insuficiência da responsabilidade patrimonial do devedor, da forma absoluta como concebida,

---

<sup>233</sup> ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de Família*. São Paulo : Quartier Latin, 2006. p. 208.

<sup>234</sup> ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros, op. cit. pp. 208-111.

<sup>235</sup> Essa passagem da responsabilidade pessoal para a patrimonial não foi definitiva, tendo ocorrido longo período de retrocesso após a decadência e queda do Império Romano, voltando a execução pessoal a ser utilizada na idade média. Nesse sentido ver ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros, op. cit. p. 212.

para alcançar uma verdadeira humanização do processo de execução dos débitos. Se representou um grande avanço em termos humanitários em relação à responsabilidade pessoal, abriu as portas para outra forma de violência contra a pessoa do devedor, a possibilidade de subtração de todo o seu patrimônio para pagar as dívidas executadas, retirando dele os bens e recursos indispensáveis à manutenção de sua própria subsistência e de seus familiares. Fruto da equidade e das noções de benevolência e compaixão, o Direito Romano estabeleceu benefícios em favor do devedor, relativizando o alcance da pretensão executória do credor, que não mais poderia avançar sobre alguns bens indispensáveis para evitar que ele ficasse reduzido à indigência. Novamente invocando Ana Marta Cattani de Barros Zilveti: “Dessa maneira, a noção genérica de que não se pode tirar das pessoas tudo o que têm, para que não sejam reduzidas à miséria, foi paulatinamente propagando-se e acabou por consolidar-se como regra do direito romano justinianeu”<sup>236</sup>. Estava inaugurada a fase da responsabilidade patrimonial relativizada ou humanizada, que se espalhou por diplomas legais os mais diversos, inclusive as ordenações portuguesas, chegando ao Brasil<sup>237</sup>.

Nas legislações contemporâneas, com destaque para a brasileira, a responsabilidade patrimonial relativizada ou humanizada se tornou regra, tendo na impenhorabilidade o seu principal mecanismo de efetivação. As noções de benevolência e compaixão, antes utilizadas como fonte e fundamento de validade das intervenções protetivas, deram lugar à dignidade da pessoa humana, princípio-chave do constitucionalismo contemporâneo, que tem como uma de suas manifestações de eficácia, no campo dos direitos obrigacionais, assegurar ao homem-devedor a manutenção de uma quantidade mínima de bens, suficiente para suprir as suas necessidades vitais básicas e as de sua família, bem como possibilitar a sua recuperação econômica, para que possa viver de forma independente<sup>238</sup>. Sobre essa questão são pertinentes as palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

---

<sup>236</sup> ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros, op. cit. p. 218.

<sup>237</sup> Como se sabe, as Ordenações Portuguesas vigoraram no Brasil, juntamente com outras leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções dos reis de Portugal, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Nesse sentido ver AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp 126-7.

<sup>238</sup> Com razão Ana Marta Cattani de Barros Zilveti ao afirmar: “É preciso, também, colocar de lado o excesso de tutela estatal que, às vezes, se apresenta como capa superprotetora que a tudo e a todos quer salvar, criando uma legião de pessoas despreparadas e inativas, à eterna espera do *Estado-Salvador*, como se este tivesse o poder de tudo resolver e transformar. Os indivíduos devem ser protegidos sim, mas antes de tudo devem ser tratados como sujeitos capazes, titulares de direitos e

“O Estado deve impedir que o homem se despoje do seu valor-fim dignificante e se veja recolhido às sobras sócio-econômicas e políticas; que ele seja renegado pela sociedade e, como antes observado, veja-se repudiado pelos seus e, envergonhado de si mesmo, rejeite-se e anule-se como cidadão.

Por isso é que todas as formas de excluir o homem do ambiente social de direitos fundamentais, de participação política livre, de atuação profissional respeitosa, de segurança pessoal e coletiva pacífica são inadmissíveis numa perspectiva, proposta ou garantia de Estado Democrático”<sup>239</sup>.

A própria Constituição Federal de 1988 é sede de dispositivos importantes e norteadores dessa nova responsabilidade do devedor. No art. 5º, LXVII, preceitua que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar – de forte carga humanitária – e a do depositário infiel<sup>240</sup>. Já em seu inciso XXVI, o mesmo art. 5º assegura que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva”. No campo da legislação ordinária, ficou a cargo do Código de Processo Civil estabelecer uma série de limitações ao poder de execução do credor, colocando a salvo bens móveis tidos como essenciais à dignidade do devedor<sup>241</sup>. Vale frisar que o rol desses bens, dos quais merecem destaque os vencimentos de funcionários públicos e os salários dos trabalhadores da iniciativa privada, os móveis e utilidades domésticas que guarnecem a residência do devedor e os instrumentos para o exercício da profissão, vem sendo alargado, conforme pode ser visto da nova

---

obrigações, cujo exercício e cumprimento só depende deles próprios” (ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros, op.cit. p. 316).

<sup>239</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In: Revista Interesse Público. n. 4, 1999, p. 38.

<sup>240</sup> Ver polêmica acerca dessa modalidade de prisão, após a entrada em vigor no cenário jurídico nacional da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica, na nota 92.

<sup>241</sup> Além do mecanismo da impenhorabilidade, a legislação nacional vem implementando outros meios de proteger o devedor, que também promovem o interesse do credor, ao possibilitar o recebimento do seu crédito. Nesse sentido ver o novo Art. 745-A, do CPC, incluído pela Lei 11.382/06, que instituiu a possibilidade de parcelamento compulsório do débito: Art. 745-A. No prazo dos embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. § 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito. § 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

redação do art. 649<sup>242</sup>, dada pela Lei 11.382/06. Eis os principais dispositivos do Código de Processo Civil acerca da responsabilidade do devedor:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

VI - o seguro de vida; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

<sup>242</sup> Eis a redação anterior: Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês; III – o anel nupcial e os retratos de família; IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; V – os equipamentos dos militares; VI – os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor e de sua família; VIII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas; IX – o seguro de vida; X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; [\(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. [\(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

Com raras exceções<sup>243</sup>, constata-se novamente, de forma inequívoca, que as restrições impostas pela legislação infraconstitucional ao direito de propriedade e ao interesse tributário estatal, consubstanciadas na impenhorabilidade de certos bens do devedor, guardam estrita observância com a Constituição Federal, seja porque são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito na promoção do direito ao mínimo existencial, inclusive no seu conteúdo específico ligado ao direito à moradia<sup>244</sup>, seja porque em momento algum violam os seus núcleos essenciais<sup>245</sup>.

Para a garantia da dignidade humana no âmbito das relações entre credor e devedor, na sua projeção específica e individualizada de direito à moradia, o legislador pátrio seguiu na mesma linha, colocando a salvo do poder de execução do credor o imóvel residencial do devedor e de sua família. Mesmo

---

<sup>243</sup> Sem a pretensão de iniciar a discussão sobre tema específico, diverso do desenvolvido nesta dissertação, fica o registro de que a impossibilidade de penhora sobre vencimentos e salários poderia ser mitigada em casos concretos e específicos (altos valores), para se permitir a sua constrição parcial em favor do credor, permanecendo intocável o montante necessário para garantir um nível de vida adequado ao devedor e à sua família. Nesse sentido previa o disposto no § 3º do art. 649 do CPC, a ser acrescentado pelo projeto de lei que deu origem à Lei 11.382/06, que acabou vetado pelo Presidente da República: “Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta) por cento do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios”. Também demanda melhor análise a situação fática do inciso X do art. 649, que afasta da penhora o limite de 40 (quarenta) salários mínimos depositados em conta de poupança. É que o devedor já pode ser titular de moradia adequada e de vencimentos ou salários que lhe garantam médio padrão de vida, o que torna a proteção instituída extremamente onerosa para o credor.

<sup>244</sup> Em seu inciso II, o art. 649 do CPC garante a impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida. Como visto no capítulo anterior, quando tratamos do conteúdo do direito à moradia, restou assentado que os utensílios indispensáveis à realização das necessidades essenciais dos moradores são elementos constitutivos da moradia.

<sup>245</sup> Os credores continuarão tendo à sua disposição todo o restante do patrimônio de seus devedores, inclusive os futuros bens que ele vier a adquirir. Ademais, é dever dos credores se certificarem, antes da concessão de crédito, que os devedores possuem outros bens, que não os impenhoráveis, para garantir o pagamento dos seus débitos.

não tendo sido concebida inicialmente com esse amplo alcance subjetivo, a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, na leitura construtiva dada pela jurisprudência, vem se mostrando um instrumento eficaz na defesa do direito à moradia do devedor, como pode ser aferido de uma rápida consulta aos sítios de nossos tribunais, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça, que já contabilizam milhares de acórdãos prolatados na solução de casos concretos de agressão judicial a imóvel residencial no curso de execuções das mais diversas naturezas.

Ao término deste capítulo, torna-se imperioso deixar consignadas algumas observações que serão úteis na etapa final. As medidas de proteção ao devedor elencadas até aqui, com destaque para a impenhorabilidade do imóvel residencial, são instrumentos de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas mais diversas manifestações, que merecem ser prestigiadas. Acontece que esse prestígio não pode implicar um alargamento excessivo das medidas protetivas, colocando sempre o credor a mercê do devedor. Em primeiro lugar porque, como já frisado, o crédito é uma das manifestações do direito de propriedade, assegurado constitucionalmente ao seu titular. Por ser direito fundamental, a propriedade não pode ser restringida de forma indiscriminada e ilimitada, mas, somente, nos casos e na medida em que as restrições ao seu âmbito de proteção forem necessárias para promover, com eficiência, outros direitos fundamentais ou interesses constitucionais, que numa relação concreta de colisão assumem posição de precedência, por seu maior peso. Assim, é certo que as restrições ao direito patrimonial do credor, não justificadas pela específica e relevante promoção de um direito ou interesse de maior relevância, não serão constitucionalmente legítimas<sup>246</sup>.

Em segundo lugar porque, numa economia de mercado o crédito não existe somente em favor do interesse do credor, mas do próprio devedor, que dele necessita para suprir necessidades básicas, ter acesso a bens de consumo e, em muitos casos, custear suas atividades produtivas. Nesse contexto, medidas excessivas e desproporcionais de proteção ao devedor, que impossibilitem, dificultem ou onerem a recuperação pelos credores de valores

---

<sup>246</sup> Acerca da proporcionalidade em sentido estrito resumiu Jane Reis Gonçalves Pereira: “De acordo com subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma restrição a direitos fundamentais é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção. Assim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que com ele antagoniza e que serve de fundamento à restrição” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 508-9).

emprestados ou devidos a qualquer título, certamente constituem um dos fatores responsáveis pela restrição e encarecimento do crédito no país, com reflexos econômicos e sociais negativos para todos os brasileiros<sup>247</sup>.

Em resumo, parece que o melhor caminho a ser seguido, conforme se procurará demonstrar no próximo capítulo, é continuar prestigiando a adoção pelos Poderes Legislativo e Judiciário de medidas protetivas ao devedor, nos limites indispensáveis à garantia de sua dignidade e de um médio padrão de vida, abrindo espaço, no que sobejar, para uma eficaz realização dos interesses do credor<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Com acuidade registrou Ana Marta Cattani de Barros Zilveti: “O problema da concessão de créditos, o endividamento excessivo e a insolvência, a efetividade das garantias ofertadas aos credores, bem como a questão da eficácia do processo executivo compõem o pano de fundo atual sobre o qual se insere o bem de família, contexto esse muito diferente daquele do *homestead*, em que prevaleciam as políticas públicas de estímulo ao povoamento ou de fixação do homem à terra. Longe de serem questões meramente acadêmicas, os problemas acima mencionados relacionam-se diretamente com a situação econômica do país e repercutem sobre toda a sociedade. Estudos demonstram que a economia brasileira é caracterizada por uma baixa relação crédito bancário *versus* PIB – Produto Interno Bruto. Tal relação é de aproximadamente 28%, enquanto em países vizinhos, como o Chile, é de 60%. Isso significa, resumidamente, que a concessão de crédito (seja mobiliário, seja ao consumidor, etc.) é por demasiado pequena, se comparado com o tamanho da economia brasileira” (ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros, op. cit. p.312).

<sup>248</sup> Com muito atraso, o legislador ordinário vem se sensibilizando para a necessidade de criar mecanismos mais eficazes para a recuperação de créditos, para evitar o conhecido “ganha, mas não leva”, podendo ser citados, entre outros, os diversos dispositivos acrescentados ao CPC pela Lei 11.382/06, para tornar mais célere e eficaz os procedimentos de execução, com destaque, por sua reconhecida eficácia e questionada constitucionalidade, a figura da *penhora on line* de ativos bancários do devedor (art. 655-A do CPC).