

## 6 Conclusão

1 – A Constituição Federal de 1988 é uma ordem normativa plural, formada por um diversificado conjunto de regras e princípios de profunda coerência de conteúdo e significado, que funciona na lógica da complementação e não da exclusão. Essa unidade da ordem constitucional se sustenta em valores, princípios e direitos não mais em disputa no seio da comunidade política, que funcionam como fonte informadora do conteúdo de todos os seus enunciados.

2 – É no âmbito dos direitos fundamentais que a pluralidade da Constituição se mostra mais acentuada, produzindo diversos pontos de tensão. Em muitos casos a efetivação de um direito colide com a proteção proporcionada por outro direito da mesma envergadura. Essas colisões também marcam o relacionamento dos direitos fundamentais com os bens e interesses constitucionalmente protegidos.

3 – Embora integrem o núcleo irredutível e legitimador da ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são absolutos, devendo e podendo sofrer restrições, destinadas a garantir a universalidade e a máxima efetividade de seus próprios comandos, bem como das demais regras e princípios constitucionais.

4 – Muitos dos enunciados constitucionais se apresentam por meio de princípios, que são disposições normativas de elevado grau de abstração e carga valorativa, ao contrário das regras, caracterizadas por disposições objetivas e de reduzido conteúdo axiológico. O conflito entre regras resolve-se por mera operação de subsunção, com o afastamento integral de uma delas para a adoção da remanescente. Já os princípios, que permitem uma graduação de sua carga eficacial, autorizam que em situações concretas se possa aferir em que medida cada um deles deve ceder ou prevalecer.

5 - A ponderação é o critério hermenêutico mais adequado para solucionar colisões de direitos fundamentais entre si e em relação a bens e interesses constitucionalmente protegidos, sem perda da unidade de sentido da Constituição e com a garantia da máxima efetividade de suas normas. Como técnica de solução de colisões, a ponderação implica na construção de uma decisão a partir da atribuição de peso ou importância às diversas normas

inicialmente aplicáveis a uma situação fática, para, ao final, se aferir qual delas deverá prevalecer e em qual intensidade.

6 - Em um estado democrático como o brasileiro, a eleição de preferências com escala na técnica da ponderação deve ser preferencialmente implementada pelo Poder Legislativo, por meio de leis de caráter genérico, cabendo ao Executivo e ao Judiciário a sua aplicação nos casos concretos, não alcançáveis pelo legislador, e ao Judiciário, com primazia, a correção dos manifestos excessos dos demais poderes.

7 – A imposição de restrições aos direitos fundamentais não pode ser ilimitada, sob pena de se conceder ao legislador, ao administrador ou ao juiz o poder de dispor de um dos núcleos irredutíveis e inalienáveis da Carta Magna. Segundo a teoria dos “limites dos limites”, de origem alemã, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos na medida necessária para a efetivação de outros direitos das mesma natureza e de bens constitucionalmente protegidos, resguardando-se sempre uma carga de efetividade ao direito restringido que evite o seu esvaziamento. Os três principais instrumentos de efetivação da teoria dos “limites dos limites” são a reserva de lei, a proporcionalidade e o respeito ao núcleo essencial.

8 – A reserva de lei impõe que qualquer restrição geral a direito fundamental seja estabelecida por meio de lei formal. A proporcionalidade, instrumento metodológico de aferição da validade material (mérito) de restrições a preceitos fundamentais, possibilita, a partir da aferição da relação de pertinência entre os fins visados, meios empregados e relevância do direito ou interesse promovido (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a correção dos excessos legislativos, administrativos e judiciais nesse campo. Por fim, o respeito ao núcleo essencial garante que as intervenções no âmbito dos direitos fundamentais não podem avançar sobre o conteúdo mínimo de um direito, a ponto de afastar integralmente a sua potencialidade eficacial.

9 – O direito à moradia pode ser sumariamente conceituado como a prerrogativa atribuída a toda pessoa de ocupar por tempo razoável um imóvel no qual possa se proteger das intempéries, e, com resguardo da intimidade, praticar os atos elementares da vida como alimentação, repouso, higiene, reprodução, convivência etc.

10 – No cenário nacional, somente com a edição da Emenda Constitucional n. 26, de 14.12.2000, que alterou o art. 6º da Constituição Federal de 1988, a moradia passou a ser um direito fundamental expressamente consagrado. No entanto, mesmo antes dessa menção expressa, o direito à

moradia já podia ser incluído no rol dos direitos fundamentais, especialmente em decorrência da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Carta Magna e de sua relação de interdependência com o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser tido como o seu principal fundamento.

11 – O direito à moradia pode ser classificado como fundamental, social, expressamente positivado, individual, à prestação e de personalidade. Embora apresente-se mais destacadamente como direito à prestação, seja material ou jurídica, o direito à moradia possui relevante função de defesa, na medida em que serve de fundamento para a decretação de constitucionalidade ou ilegalidade de qualquer ato normativo, administrativo ou privado que ofenda o seu conteúdo mínimo.

12 – Qualquer fixação do conteúdo do direito à moradia não tem a pretensão de ser universal ou exaustiva, tendo em vista a forte influência cultural, das condições físicas e climáticas de cada país e região, dos avanços tecnológicos e do desenvolvimento sócio-econômico local na sua conformação. Somente uma habitação que forneça ao seu titular uma vida saudável nos aspectos físico e moral satisfaz o conteúdo do direito à moradia.

13 – Podem ser listados como elementos indispensáveis ao conteúdo mínimo de um direito à moradia: condições efetivas de habitabilidade com segurança física, disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança e conforto dos moradores, segurança jurídica e estabilidade na posse, custos de manutenção que não comprometam a satisfação de outras necessidades básicas, localização que permita o acesso ao emprego e serviços essenciais, acesso e adaptação da moradia aos portadores de deficiência e modo de construção que respeite o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e expresse a identidade e a diversidade cultural da população.

14 – As normas definidoras de direitos fundamentais gozam de um regime jurídico privilegiado na Constituição de 1988 no que toca à sua eficácia, fundado, especialmente, no comando contido no art. 5º, § 1º, que garante a sua aplicabilidade imediata. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem como manifestações mais importantes a eficácia irradiante, os deveres de proteção e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é outro elemento estrutural desse destacado regime de eficácia. A forma de positivação no texto constitucional e a função desenvolvida pelos direitos fundamentais também exerce influência decisiva no grau de sua eficácia e aplicabilidade.

15 - O direito à moradia, da forma como positivado na Constituição Federal de 1988, encerra um complexo de direitos e deveres de cunho negativo

e positivo, que prescindem da atividade complementar do legislador ordinário e do administrador para atingir plena eficácia junto aos entes públicos e privados. No entanto, essa necessária participação do legislador ordinário e do administrador não frustra o diversificado rol de efeitos que podem ser extraídos diretamente de seu enunciado constitucional, prontos a regularem os casos concretos e serem invocados como direitos subjetivos por seus beneficiários.

16 – O direito de propriedade, que já ostentou a qualidade de garantia individual sagrada e inviolável no início do constitucionalismo liberal do século XVIII, teve acrescentado à sua estrutura interna o elemento personalista e solidarista da função social, que impõe a todo proprietário o dever de observar no uso, gozo, disposição e retomada do objeto de sua propriedade as finalidades sociais e econômicas que lhe são próprias. Inobstante essa forte carga social, a propriedade não foi socializada nem perdeu o seu *status* de direito fundamental.

17 – O termo propriedade na Constituição de 1988 alcança qualquer crédito, corpóreo ou incorpóreo, que integre um patrimônio e tenha valor econômico.

18 - Por ter âmbito de proteção essencialmente normativo, a atividade do legislador na conformação e imposição de restrições ao direito de propriedade é destacada, tendo sempre como marco orientador a promoção da função social e como limite o respeito ao núcleo essencial, traduzido na impossibilidade de se suprimir a utilidade privada do bem para o seu titular.

19 – Em face de sua destacada posição de principal fonte de receita para o Estado, responsável maior pela promoção dos direitos fundamentais, o poder de tributar ganhou *status* de interesse constitucionalmente protegido, o que lhe assegura mecanismos jurídicos superiores, perenes e efetivos de arrecadação e cobrança. Além de privilegiar a arrecadação de recursos, a constitucionalização do poder de tributar foi guiada, principalmente, pela imperiosa necessidade de resguardar os interesses fundamentais dos contribuintes, pois se exercido sem limites seguros pode aniquilar os direitos de propriedade e comprometer a própria subsistência das pessoas físicas e jurídicas.

20 – O processo de solução das colisões entre os direitos fundamentais e os interesses constitucionalmente protegidos, levado a cabo por legisladores, administradores e juízes, na busca da máxima efetividade de cada um dos preceitos envolvidos, passa por quatro fases distintas, mas interdependentes. Na primeira, é desvendado o conteúdo e o âmbito de proteção dos direitos e interesses em disputa. Em seguida, são identificadas as colisões. Na terceira fase, valendo-se da técnica da ponderação, são impostas restrições aos direitos

e interesses em colisão. Por fim, as restrições impostas são submetidas a uma sindicância, para se aferir se são proporcionais e se respeitam o núcleo essencial dos direitos e interesses atingidos.

21 – As relações entre o direito à moradia, direito de propriedade e interesse tributário estatal são marcadas por zonas de colisão, na medida em que a plena efetivação de um deles pode trazer reflexos negativos à realização dos demais.

22 – O foco da dissertação está voltado para uma colisão em especial, 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.

23 – A relação entre credores e devedores sempre foi conflituosa. A primeira de suas fases foi a da responsabilidade pessoal do devedor, que respondia com o seu corpo e a sua liberdade pelo adimplemento do débito junto ao seu credor. Em seguida, veio a fase da responsabilidade patrimonial do devedor, que agora respondia com todos os seus bens pelo adimplemento do débito junto ao seu credor. Por fim, passou a vigorar a fase da responsabilidade patrimonial relativizada ou humanizada, que afasta a pretensão executória do credor de um conjunto de bens do devedor indispensáveis à sua sobrevivência com dignidade.

24 – No cenário jurídico nacional, as manifestações desta responsabilidade humanizada encontram-se na Constituição Federal (art. 5º, XXVI e LXVII) e, em especial, no Código de Processo Civil (art. 649). No campo do direito à moradia, a proteção do devedor veio implementada pela Lei 8.009/90, que colocou a salvo do interesse executivo do credor o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar.

25 – Embora sejam instrumentos de efetividade da dignidade da pessoa humana, as medidas protetivas não podem ficar sendo alargadas a ponto de sempre colocar o credor à mercê do devedor. O crédito é uma das manifestações do direito de propriedade, assegurado constitucionalmente ao seu titular, não podendo, assim, ser restringido 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 constitucionalmente protegidos, que numa relação concreta de colisão assumam posição de precedência, por seu maior peso.

26 – O melhor caminho a ser seguido 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 dos credores.

27 – O bem de família da Lei 8.009/90, que garante a impenhorabilidade sobre o imóvel residencial do devedor, salvo as exceções relacionadas em seu art. 3º, independe de qualquer ato de instituição do seu beneficiário, sendo conhecido como bem de família legal ou involuntário.

28 – Por força da atividade criativa da jurisprudência, a proteção proporcionada pela impenhorabilidade da Lei 8.009/90 deixou de alcançar unicamente os imóveis de propriedade das famílias ou das entidades familiares, como literalmente consta em seu texto, para propagar os seus efeitos para os imóveis residenciais de todos os devedores, inclusive os que vivem sós. Portanto, a denominação de bem de família passou a ser inadequada para a sua definição, sendo substituída, com propriedade, por Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, por “bem residencial da pessoa humana”.

29 – Aliado das exceções do art. 3º, a exigência de boa-fé prevista expressamente no art. 4º da Lei 8.009/90 constitui mecanismo valioso, a ser utilizado de forma prudente - mas corajosa - pelo Poder Judiciário, para equilibrar as relações entre devedor e credor, impedindo que a impenhorabilidade do imóvel residencial se torne um mecanismo para proteger maus e contumazes pagadores, o que nunca foi o seu propósito

30 – A definição do âmbito de proteção objetivo do instituto da impenhorabilidade, consistente na indicação de qual o bem, considerado em sua multiplicidade de conteúdos, pode ser tido como imóvel residencial da pessoa humana, não pode ser resultado de uma mera interpretação literal ou mesmo teleológica dos dispositivos da lei de regência, mas sim de uma leitura ou releitura sistemática do instituto à luz da Constituição Federal de 1988, que preserve ao máximo os direitos fundamentais à moradia do devedor e de propriedade do credor.

31 – A impenhorabilidade da Lei 8.009/90 abrange o imóvel residencial próprio do devedor, no qual ele reside de forma efetiva e permanente, exercendo o seu direito à moradia. Os móveis e utensílios que guarneçem o imóvel, por integrarem o conteúdo constitucional do direito à moradia, também estão protegidos da penhora, com exceção, a partir da Lei 11.382/06, que alterou o art.

649 do Código de Processo Civil, dos de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

32 – Embora a doutrina defende a unicidade e a indivisibilidade do imóvel residencial do devedor, além da inexistência de qualquer restrição quanto ao seu valor, no sentido, respectivamente, de negar a possibilidade de penhora sobre partes ideais (imóveis de grande dimensão) e de substituição por outro de menor valor (imóveis de elevado valor), a verdade é que imóveis de grandes dimensões ou de elevado valor não estão integralmente protegidos pela impenhorabilidade da Lei 8.009/90.

33 – A finalidade da Lei 8.009/90 é assegurar aos devedores a manutenção de um imóvel próprio, que necessariamente não precisa ser o que atualmente lhes pertence, no qual possam exercer de forma adequada o seu direito à moradia. Para tanto, devem ser colocadas fora do poder de constrição dos credores toda a área do imóvel (lote), todas as construções, plantações e benfeitorias que se mostrarem, numa relação de pertinência a ser identificada no caso concreto, indispensáveis à garantia de uma moradia adequada (segura, saudável, funcional e com padrão médio de conforto). O que sobejar desse indispensável, sai do âmbito de proteção do direito fundamental à moradia, passando para o do direito de propriedade, no qual está situada, também, a pretensão executiva do credor, que pode, então, efetivar-se sobre esse excesso de bens do devedor.

34 – Atualmente, fruto da estabilidade financeira de mais de uma década e da recuperação do crescimento econômico, uma parte da população brasileira vem angariando patrimônios vultosos, compostos de imóveis residenciais luxuosos e valiosos. Tais imóveis destacam-se, além do seu alto valor, pela extensa área, dotada, muitas vezes, de benfeitorias diversificadas e luxuosas.

35 – O conteúdo constitucional do direito à moradia e a proteção de impenhorabilidade da Lei 8.009/90 não alcançam, em sua totalidade, os imóveis de extensa área, que poderão ter partes ideais penhoradas para satisfazer a pretensão executória dos credores. Para tanto, basta que se proceda à sua divisão, com o resguardo da casa de morada e das demais benfeitorias indispensáveis à fruição de uma moradia adequada e digna para o devedor. Em favor desse entendimento já se formou forte orientação jurisprudencial no seio do Superior Tribunal de Justiça.

36 – Questão mais complexa e delicada, que ainda não foi objeto de enfrentamento pela doutrina e jurisprudência pátrias, refere-se à possibilidade de penhora sobre imóveis residenciais de elevado valor, com reserva de parte do

numerário obtido com a venda forçada para ser utilizado na aquisição de outro imóvel que sirva de moradia para o devedor. Nesse ponto, a primeira dificuldade que se apresenta envolve a própria definição de imóvel de elevado valor.

37 – É inegável que cabe ao legislador, no exercício de seu poder político de conformação da Constituição, fixar, por ato normativo geral e abstrato, um ou mais valores para servirem de limite à impenhorabilidade do imóvel residencial, em homenagem à segurança jurídica que deve reger as relações sociais. Caso contrário, esse valor ficaria sujeito a acentuadas variações decorrentes de subjetivismos do Poder Judiciário, gerando insegurança e riscos para o exercício do direito fundamental à moradia. Por meio do Projeto de Lei n. 51 de 2006, o Congresso aprovou legislação nesse sentido, fixando o valor equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos, que foi vetada pelo Presidente da República.

38 - No entanto, se a escolha legislativa é a única medida segura e adequada para resolver a questão nas zonas de incerteza, em um reduzido, mas relevante número de situações, a caracterização do imóvel como luxuoso e de elevado valor é flagrante e inquestionável, podendo ser facilmente identificada pelo juiz no caso concreto, com observância e respeito pelas diversidades e variações do mercado imobiliário brasileiro ao longo de todo o seu território e situações pessoais de cada devedor.

39 – Somando-se à inaptidão da Lei 8.009/90 para proteger imóveis residenciais de extensa área ou de elevado valor, as restrições que uma impenhorabilidade absoluta sobre esses bens impõem ao direito de propriedade do credor não encontra amparo constitucional, por mostrarem-se totalmente desproporcionais numa relação de precedência entre o elevado grau de afetação de um direito e a importância e intensidade da satisfação de outro (proporcionalidade em sentido estrito).

40 – A possibilidade de penhora de parte ideal ou da totalidade do imóvel residencial resguarda em toda a plenitude o direito à moradia do devedor, não chegando, sequer, a aproximar-se do seu núcleo essencial. No primeiro caso a penhora não atinge a casa de morada e as benfeitorias necessárias e úteis para garantir a sua plena habitabilidade. No segundo, do produto da venda forçada do imóvel será reservado numerário, a ser entregue ao devedor sob cláusula de impenhorabilidade, para aquisição de nova moradia. Em resumo, em ambos os casos, continua o devedor titular de imóvel residencial próprio, no qual pode, de forma plena, adequada e digna, exercer o seu direito à moradia.

41 – Dentro desse contexto, é certo que se encontra no âmbito das opções interpretativas da Lei 8.009/90 a possibilidade de penhora do imóvel residencial

dos devedores, quando de elevado valor, com reserva de numerário suficiente para a garantia de seu direito à moradia. Na verdade, essa é a única opção que prestigia a finalidade constitucional que orientou a edição deste diploma legal, sem malferir o direito fundamental de propriedade dos credores. Por tudo isso, a determinação da penhora pelo Poder Judiciário, sem texto legal que literalmente a sustente, não implica em invasão de esfera legislativa ou ação ao arrepio da lei, mas, sim, exercício legítimo de se desvendar o significado e alcance de disposição normativa em vigor, para, inclusive, compatibilizá-la com a Constituição.