

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O DIREITO À MORADIA E A DISCUSSÃO EM TORNO DA PENHORA DO IMÓVEL DO FIADOR

INGO WOLFGANG SARLET¹

Doutor em Direito (Munique)
Juiz de Direito no RS

SUMÁRIO: 1. Observações preliminares. 2. Fundamentação e conteúdo do direito à moradia como direito fundamental social na ordem jurídico-constitucional brasileira: um complexo de direitos (poderes) e deveres negativos e positivos. 2.1. Breves notas sobre o direito à moradia como direito fundamental. 2.2. Conteúdo do direito à moradia como complexo heterogêneo de direitos (e deveres) negativos e positivos. 3. O direito à moradia na condição de direito de defesa: algumas possíveis manifestações. 4. O Supremo Tribunal e a discussão em torno da possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador no âmbito de contrato de locação. 5. Algumas considerações adicionais.

1. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A inserção do direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas referida como CF), além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado estatuto das cidades – foi sucedida por um número significativo de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia, na sua condição de direito fundamental social. Se mesmo antes da recepção expressa do direito à moradia este já era tido, por alguns representantes na doutrina e mesmo na esfera jurisprudencial, como implicitamente contemplado pela CF (embora já expressamente consagrado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil), após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a

¹ Estudos em nível de Pós-Doutorado em Munique (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, como bolsista DAAD e Max-Planck) e Washington DC (Georgetown Center). Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Professor de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais na Escola Superior da Magistratura (AJURIS).

não ser mais possível refutar a consagração deste direito fundamental e, portanto, passou a ser cogente (pelo menos, assim o deveria ser!) a consideração das conseqüências jurídicas de tal reconhecimento. Todavia, tal não significa dizer que a respeito de tais conseqüências jurídicas não se verifiquem uma série de controvérsias, que principiam já pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, passando, além disso, pelo debate em torno do seu conteúdo e significado.

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia na ordem jurídico-constitucional brasileira, destaca-se a proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar. Neste contexto, após uma série de decisões judiciais – inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – vedando a penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, por ora no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador de contrato de locação. Tal decisão – ainda mais se lhe for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – diz respeito a um número expressivo de situações concretas e a vida de inúmeras pessoas, sem falar na sua conexão com casos semelhantes, como ocorre com a previsão legal da penhora em se cuidando de dívidas condominiais, assim como nos casos de execuções promovidas pela fazenda pública, dentre outros. Da mesma forma, a depender da força persuasiva da decisão e das suas razões subjacentes, mesmo em outras situações envolvendo a proteção da moradia poderemos vir a experimentar alguns reflexos importantes, sem que aqui nos estejamos a posicionar (ainda!) sobre as possíveis virtudes ou defeitos da decisão ora referida e de outras decisões judiciais envolvendo o direito à moradia no Brasil.

Na esteira dessas considerações, descortina-se já o nosso propósito de promover uma avaliação crítica da referida decisão do STF, notadamente para o efeito de verificar a sua conformidade com a condição da moradia como bem e, de modo especial, como direito fundamental. Para que isto seja possível, iniciaremos com a caracterização do direito à moradia como um direito fundamental, especialmente abordando o seu conteúdo e a sua assim designada dupla dimensão (ou função) negativa e positiva. Na seqüência, explorando já a condição do direito à moradia como direito negativo (ou de defesa), que constitui a preocupação central do presente estudo, passaremos a avaliar criticamente a questão da proteção da moradia contra a penhora tal qual enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. FUNDAMENTAÇÃO E CONTEÚDO DO DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UM COMPLEXO DE DIREITOS (PODERES) E DEVERES NEGATIVOS E POSITIVOS

2.1. Breves notas sobre o direito à moradia como direito fundamental

Muito embora o direito à moradia tenha sido incluído (expressamente) no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, da CF) por meio de emenda constitucional (EC nº 26,

de 2000)², sua condição de direito fundamental, a despeito de alguma doutrina que refuta a fundamentalidade dos direitos sociais, tem sido amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito de ter, por maioria, chancelado a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador³ (decisão que será objeto de uma avaliação crítica logo adiante), reafirmou ser a moradia direito fundamental da pessoa humana. Por outro lado, mesmo que não se pretenda aqui aprofundar a questão e embora se saiba (pelo menos é a nossa convicção) que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e que, de qualquer modo (mesmo que haja uma conexão direta com a dignidade da pessoa), diversa a intensidade do vínculo entre dignidade e direitos fundamentais, já que distinto o âmbito de proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais⁴, o que evidentemente também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral e ao direito à moradia em particular.

Com efeito, se as assim designadas “liberdades sociais” – com destaque para os direitos de greve e liberdade de associação sindical – assumiram e seguem exercendo papel relevante na contenção do exercício do poder econômico na esfera das relações sociais, os direitos fundamentais sociais em geral, notadamente na sua condição de direitos a prestações, objetivam, em primeira linha, uma compensação das desigualdades fáticas de modo a assegurar a proteção da pessoa (de qualquer pessoa) contra as necessidades de

² O fato de a inclusão do direito à moradia no âmbito dos direitos sociais ter ocorrido por emenda constitucional apenas no ano 2000 não significa, contudo, que a moradia não tenha recebido já alguma tutela direta na Constituição e que, além disso, não poderia já ser considerada como direito fundamental social pelo menos implicitamente positivado. Neste sentido, v. o nosso “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”, in: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos*, n° 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150 e ss. A respeito do histórico do direito à moradia na ordem jurídica brasileira, v. também INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*, Curitiba: Juruá, 2002, p.38 e ss.; SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104 e ss.; AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 84 e ss. e, mais recentemente, GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37 e ss.

³ RE 407.688-8, Relator Ministro Cezar Peluso.

⁴ V. por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79 e ss. Entre nós, enfatizando a ausência de uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana de todos os direitos consagrados na Constituição de 1988, v., em especial, o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 5.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79 e ss.

ordem material, garantindo uma existência com dignidade⁵. Por outro lado, útil lembrar que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época⁶.

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)⁷. Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar,

⁵ Cf. dentre outros, HÖFLING, Wolfram. “Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz”. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 109-110. assim como MAUNZ, Theodor & ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29.ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por PAVIA, Marie-Luce. “Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: un Nouveau Principe Constitutionnel”. In: CABRILLAC, Rémy, ROCHE-FRISON, Marie-Aenne & REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 109-110, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, a partir do reconhecimento da moradia como objetivo e valor de matriz constitucional pelo Conselho Constitucional. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no âmbito da assistência social. Neste sentido, v. DELPÉRÉE, Francis. “O Direito à Dignidade Humana”. In: BARROS, Sérgio R. & ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 156 e seguintes. Assim também, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 4, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, v., dentre tantos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 329 e ss., assim como o pioneiro trabalho de TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, p. 20-49 (apontando-se aqui a existência de desenvolvimentos posteriores), NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. *Revista de Direito Administrativo* 219: 247, 2000, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, todos apontando a vinculação do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, ainda que existam variações importantes sobre a fundamentação, conteúdo e eficácia do assim designado mínimo existencial que podem ser encontradas tanto nos autores referidos em caráter ilustrativo quanto nos demais que têm dado atenção ao tema.

⁶ Cf. a oportuna menção de MODERNE, Frank. “La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française”. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, v. 1, p. 220.

⁷ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7, p. 102.

certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. Não é por outra razão que o direito à moradia, também entre nós – e de modo incensurável – tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida⁸ e, nesta perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana) é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos de personalidade⁹. Assim, de acordo com a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar, na acepção do ilustre doutrinador, constitui um existencial humano¹⁰. Enfatiza-se, portanto, a direta vinculação do direito à moradia com a assim designada garantia (e direito) a um mínimo existencial, bem como com o que se tem chamado de um conteúdo existencial de outros direitos fundamentais¹¹, como é o caso inclusive do direito de propriedade e do direito à propriedade¹².

Por ora, importa notar que mesmo dentre os que, pelo menos em princípio, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais há quem admita o caráter fundamental de um direito à moradia, designadamente naquilo em que integra um direito às condições mínimas para uma existência humana digna, destacando-se, entre nós, o magistério de

⁸ Cf. CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. “Direito à Moradia”. *Revista de Informação Legislativa* 127: 49, 1995. Também VIANA, Rui Geraldo Camargo. “O Direito à Moradia”. *Revista de Direito Privado*, abril/junho 2000, p. 9, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. Registre-se, ainda quanto a este ponto, que também pelo prisma do direito internacional, o que decorre inclusive de previsão expressa do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado pelo Brasil em 1992, o direito à moradia, assim como o direito à alimentação, integra o direito a um adequado padrão de vida. Neste sentido, dentre tantos, CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 330.

⁹ Neste sentido, destacando a vinculação com os direitos de personalidade, v., entre nós, em especial SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, *op. cit.*, p. 145 e ss., e, mais recentemente, também GODOY, Luciano de Souza, *op. cit.*, p. 48 e ss.

¹⁰ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia”. *Revista de Direito Alternativo*, 1993, p. 121, igualmente sinalando a direta conexão do direito à moradia com o direito à vida (p. 133).

¹¹ Sobre o tema, v., dentre outros, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 329 e ss. No que diz respeito à consideração do direito à moradia como sendo vinculado a uma garantia do mínimo existencial, não se irá aqui desenvolver as diversas possibilidades de fundamentação deste mínimo existencial e nem a sua conexão com as diversas teorias sobre as necessidades da pessoa humana, que também podem servir de fundamento para um direito à moradia. A respeito destas questões, v., por exemplo, PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona: Içaria, 2003, p. 23 e ss. Entre nós, no que diz com o direito à moradia e explorando esta senda (designadamente a conexão com uma teoria das necessidades), confira-se especialmente ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos e fundamentais à alimentação e à moradia*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

¹² Cf., por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Ricardo Lobo Torres¹³. Não sendo o nosso intento adentrar a discussão em torno das diversas posições esgrimidas a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, importa que se deixe pelo menos consignada a nossa posição, no sentido de que todos os direitos consagrados no Título II da Constituição, sem prejuízo de outros decorrentes do regime e dos princípios, assim como constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF), são direitos fundamentais e comungam do pleno regime jurídico assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, ou seja, integram elenco dos limites materiais à reforma constitucional e, na condição de norma de direitos fundamentais, são sempre diretamente aplicáveis, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF¹⁴.

2.2. Conteúdo do direito à moradia como complexo heterogêneo de direitos (e deveres) negativos e positivos

Ainda que se possa estabelecer, a depender dos critérios adotados, uma distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação¹⁵, e iniciando a abordagem com algumas anotações sobre a questão terminológica, verifica-se que a nossa Constituição, ao referir-se ao direito à moradia no artigo 6º, o fez de forma genérica (que será também aqui seguida), desacompanhado de qualquer adjetivo. Tendo em conta a previsão, na esfera dos tratados internacionais, de um direito à moradia adequada (a exemplo do que ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966), ou mesmo, como é o caso da Constituição da Bélgica, de um direito a uma moradia decente, entre outros muitos exemplos que poderiam ser colacionados, a ausência de qualquer adjetivação não autoriza que o direito à moradia possa ter seu conteúdo esvaziado, no sentido daquilo que se tem designado de um mínimo vital (ou meramente fisiológico), portanto, situado aquém das exigências da dignidade da pessoa humana e do correspondente mínimo existencial. De qualquer modo, convém levar em consideração que a adjetivação tem o mérito inquestionável

¹³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”. *Revista de Direito Administrativo* 177: 29, 1989, que, em paradigmático e pioneiro estudo sobre o mínimo existencial, destaca que este carece de um conteúdo específico, já que pode abranger qualquer direito, ainda que não originariamente fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não obstante neste primeiro estudo o ilustre doutrinador Fluminense não tenha feito menção expressa ao direito à moradia como exemplo de direito fundamental, tal veio a ocorrer, recentemente, em outro texto de crucial relevância para a discussão da problemática dos direitos fundamentais, admitindo que no concernente aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória até mesmo a sua prestação pelo Estado (cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289).

¹⁴ Para maiores desenvolvimentos v. o nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 88 e ss.

¹⁵ Neste sentido v. especialmente SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*, cit. p. 141 e ss., destacando a vinculação entre ambos os institutos e, em termos gerais, compreendendo o direito de habitação (como o direito real de habitação, por exemplo) como uma possibilidade específica de assegurar a moradia, que assume contornos mais amplos.

de afastar interpretações demasiadamente restritivas, que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que poderia dar no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infraconstitucional.

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, traçar (dentre outras diferenciações possíveis) a sua distinção em relação ao direito de propriedade e ao direito à propriedade. Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional urbano e rural), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo – é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, o que não elide a sua maior ou menor vinculação com outros bens (e correspondentes direitos e deveres) fundamentais. Ademais, adiantando já aspectos da discussão a ser travada na última parte, onde será examinada a questão da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador, a conexão com o direito a uma existência digna implica (como se irá desenvolver mais adiante) que em diversas situações o direito à moradia ocupe uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade ou mesmo outros direitos, no mínimo para justificar uma série de restrições ao direito de propriedade, que, de resto (de acordo com previsão constitucional expressa!) encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que já de há muito expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil (isto é, que cumpre sua função social) é constitucionalmente tutelada¹⁶.

De outra parte, é preciso considerar, ainda mais levando em conta o direito constitucional positivo brasileiro, que se é verdade que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispondo de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável, tal não significa que o direito de propriedade não assuma a condição de direito fundamental. Pelo menos não se poderá desconsiderar, a exemplo do que tem enfatizado Luiz Edson Fachin, que a propriedade, quando conectada

¹⁶ Entre nós, vale lembrar a lição do saudoso Professor e Desembargador Gaúcho RUY RUBEN RUSCHEL, *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997, p. 145-155, alertando para a necessidade de uma releitura (à luz da Constituição e do princípio da função social da posse da propriedade) do art. 524 do Código Civil (de 1916) e da própria definição de posse, sustentando a necessidade do uso e gozo do bem *secundum beneficium societatis*. Também adotando esta linha de entendimento, convém lembrar, entre outros, os preciosos ensinamentos de FACHIN, Luiz Edson. “Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social”. *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina* 11: 33-46, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, todos convergindo no sentido de uma necessária interpretação dos institutos jurídicos sobre a posse e propriedade à luz da Constituição, da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

com as exigências de uma vida digna, acaba sendo merecedora de uma tutela na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial¹⁷. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos novamente à discussão em torno do caráter fundamental do direito de propriedade, que, visto sob prisma eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado direito fundamental em sentido apenas formal¹⁸.

Estabelecidas estas primeiras diretrizes, verifica-se que, especialmente em função do silêncio da nossa Constituição no que diz com uma definição direta e mínima do conteúdo do direito à moradia, há que construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas, de tal sorte que também para este feito assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Com efeito, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, os tratados internacionais – pelo menos de acordo com a doutrina majoritária – possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais pelo menos (naquilo que não contemplados no texto constitucional) em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa – de um bloco de constitucionalidade¹⁹. Mesmo que assim não fosse, pelo menos – o que já seria de extrema utilidade em diversas circunstâncias – os tratados de direitos humanos devidamente incorporados são equivalentes à legislação ordinária federal e como tal devem ser aplicados.

Além disso, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, verifica-se, desde logo, que na identificação (construção) do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita à

¹⁷ Cf. a notável contribuição de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁸ A respeito de uma possível distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, v. a interessante contribuição de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Ed. Trotta, 1999, p. 45-50. Desde logo, para não quedarmos omissos, destacamos que – compreendida pela perspectiva de seu conteúdo socialmente útil e de sua possível dimensão existencial – a propriedade constitui direito fundamental na sua dupla vertente formal e material, não apresentando necessariamente caráter exclusivamente patrimonial. De qualquer modo, considerando a ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e tendo em conta a conhecida e prestigiada tese (basta aqui lembrar a abalizada lição de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 2, de que em favor das normas constitucionais em sentido formal milita uma presunção de sejam materialmente constitucionais), eventual decisão em prol da relativização da propriedade, deverá ocorrer mediante uma cuidadosa ponderação de bens e levar em conta a maior ou menor conexão da propriedade com outros valores essenciais, notadamente, com a dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43 e ss.

mera existência e sobrevivência física²⁰. O que se constata, portanto, é que o conteúdo do direito à moradia (em outras palavras, o seu âmbito de proteção ou de aplicação) há de ser identificado também mediante uma interpretação simultaneamente tópica e sistemática²¹, que, além de observar a necessidade de um diálogo entre as diversas fontes do Direito (interno e internacional²²) dialogue com os diversos direitos e deveres fundamentais que com ele guardam conexão. É que também o direito à moradia, da mesma forma como ocorre com o direito à saúde e uma série de outros direitos (e bens) fundamentais, embora seja sempre um direito autônomo, encontra-se “marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”²³, como é o caso, dentre outras, da vida, da alimentação, da saúde, da privacidade e intimidade, do meio ambiente e da propriedade, tudo a reforçar a idéia de que o Estado Democrático de Direito contemporâneo deve ser compreendido como sendo sempre um Estado Socioambiental, o que aqui não será explorado.

Neste contexto, complementando e iluminando os critérios já veiculados pelo direito (constitucional, legal e jurisprudencial) interno, há que ter presente os padrões internacionais desenvolvidos e difundidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, naquilo que enunciam uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia²⁴:

²⁰ Tal entendimento guarda coerência com a conceituação da dignidade da pessoa humana por nós apresentada em trabalho anterior, sustentando que “a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*, 5.ed., p. 62).

²¹ Sobre o tema, remetemos ao já clássico contributo de FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

²² Também ao direito à moradia, como de resto a todos os direitos humanos e fundamentais, aplica-se, portanto, a noção da observância necessária de uma juridicidade em rede, marcada por uma interpenetração normativa crescente e cada vez mais inclusiva das normas internacionais, mas também do recurso ao direito comparado. Neste sentido, explorando a questão em relação ao direito à saúde, v. a recente manifestação de LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (Protecção) da Saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 667 e ss.

²³ Cf., novamente, LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (protecção) da saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, op. cit., p. 666. Especificamente cuidando da relação entre o direito à moradia e outros direitos humanos e fundamentais v. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 25 e ss. Entre nós, v. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de., op. cit., p. 198 e ss., explorando a relação do direito à moradia com os direitos de personalidade.

²⁴ Tal como disposto no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por SACHAR, Rajindar, “The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights”, p. 17-18, apresentado em 1993 pelo autor, à época relator da ONU para o direito à moradia, para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, acessado pela internet no seguinte endereço: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>. No âmbito da literatura especializada, confira-se, ainda e de modo especial, PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 81 e ss., aprofundando a problemática do conteúdo normativo do direito à moradia também tendo em

a) *Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;*

b) *Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.).*

c) *As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.*

d) *A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.*

e) *Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.*

f) *Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outras serviços sociais essenciais.*

g) *A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.*

Tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada.

De outra parte, resulta evidente a conexão do direito à moradia (na sua dimensão compreensiva e complexa já indiciada) com o que já se tem designado de um direito à cidade, visto que, como bem averba Gerardo Pisarello, quando se abandona o âmbito restrito da unidade habitacional concreta, a vinculação da moradia com seu entorno e com o desenho urbanístico em geral é cogente²⁵. Tal premissa, por sua vez, inequivocamente

conta os parâmetros construídos no âmbito das relatorias especiais da ONU, bem como, mais recentemente, a listagem de critérios apresentada por TEDESCHI, Sebastián, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216 e ss., reproduzindo, em termos gerais, a listagem referida acima, mas com importantes comentários e acréscimos.

²⁵ Cf. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 84 e ss. Importa registrar que também no Brasil tem crescido o número dos que discutem a noção de um direito (humano e fundamental) à cidade, em especial no que diz respeito à concepção de uma “cidade sustentável”, o que apenas reforça a já apontada necessidade de se ampliar os horizontes e inserir a questão do direito à moradia no contexto mais amplo e afinado com as exigências do conjunto dos direitos humanos e fundamentais, na perspectiva de um Estado Socioambiental de Direito. Dentre os diversos títulos que poderiam ser colacionados e que se inserem nesta perspectiva destacamos aqui a recente coletânea de PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org), *Temas de Direito Urbano-Ambiental*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

inspirou o legislador brasileiro na elaboração da Lei nº 10.257/2001 (o assim designado *Estatuto da Cidade*) que contempla todo um conjunto de princípios e diretrizes, além de prever uma série de instrumentos específicos, que não apenas objetivam a promoção e tutela da moradia das pessoas individualmente consideradas, mas busca avançar no que diz com uma inserção da moradia no espaço urbano como um todo, na perspectiva de um desenvolvimento sustentável²⁶.

Assim, já a partir do exposto e de modo especial considerando o conjunto de obrigações que têm sido vinculadas à tutela e promoção da moradia no plano internacional e nacional, verifica-se também que são múltiplas as formas pelas quais podem os Estados efetiva o direito à moradia, aspecto que guarda conexão com o próximo segmento e que voltará a ser objeto de menção. Portanto, como bem demonstra o elenco de diretrizes que concretizam o conteúdo do direito à moradia, também a este se aplica a noção de que se cuida de um direito fundamental com um todo, de cunho compreensivo, e que, como já de há muito demonstrou Robert Alexy²⁷, abrange um conjunto complexo e heterogêneo de posições (direitos e deveres) fundamentais, o que, por sua vez, guarda relação com a já consagrada lição de que o texto (dispositivo=enunciado semântico) não se confunde com a norma e nem esta com os direitos (e deveres) que possa vir a atribuir²⁸. Assim, sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que também o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, visto exercer simultaneamente a função de direito de defesa e de direito a prestações (de cunho normativo e/ou material) e que, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares.

Muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação, assim como das possíveis conseqüências jurídicas a serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia, o que importa, por ora e para efeitos deste estudo, é que cientes da dupla dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos assim designados direitos sociais), tal circunstância não altera o fato (e nem as conseqüências que disso se pode e se deve extrair!) de que na sua condição de direito (subjeto) de defesa o direito à moradia tem por objeto em primeira linha a sua não-afetação por parte do Estado, ao passo que na sua condição de direito a prestações, o direito à moradia terá por objeto a criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que

²⁶ Apenas em caráter exemplificativo, considerando já o expressivo número de publicações produzido nos últimos anos, v. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org), *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

²⁷ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 240 e ss.

²⁸ Neste sentido v. novamente ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 47 e ss. (especialmente p. 62 e ss.); entre nós, notadamente no que diz com a distinção entre texto e norma, vale lembrar o já clássico texto de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164 e seguintes, assim como a relevante contribuição de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.

estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas²⁹.

É também nesta perspectiva que optamos por utilizar a expressão direito à moradia no seu sentido mais amplo possível, abarcando todo o conjunto de posições jurídicas e garantias que – mesmo que tenham alguma autonomia quando considerados individualmente – são todas vinculadas à garantia (positiva e negativa) de uma moradia digna para a pessoa humana. É por essa razão que mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais (conexos e autônomos) em matéria de moradia, que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais.

Cientes, portanto, desta dupla dimensão positiva e negativa do direito à moradia e levando em conta os propósitos do presente trabalho, passa-se a explorar a assim designada dimensão negativa, já que é nesta perspectiva que também se irá, na última parte priorizar a análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da penhora do imóvel residencial do fiador, ainda que tal questão também guarde conexão com a dimensão positiva do direito à moradia e de outros direitos fundamentais. Em suma, o que estará em causa, em última análise, é se o Supremo Tribunal Federal, notadamente ao decidir pela possibilidade da penhora do imóvel residencial do fiador, desincumbiu-se do seu dever de tutela em relação ao direito à moradia.

3. O DIREITO À MORADIA NA CONDIÇÃO DE DIREITO DE DEFESA: ALGUMAS POSSÍVEIS MANIFESTAÇÕES

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada em Juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja por meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio de instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica. É também precisamente esta a dimensão – a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”,³⁰

²⁹ Desenvolvendo o tópico v. especialmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 182 e ss.

³⁰ Fica o registro de que o dever de proteção do Estado, para além da imposição de um dever de respeito e não-violação (dimensão negativa propriamente dita) abrange a necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz do direito à moradia, que, por sua vez, pode

embora a proteção também envolva ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar a íntima conexão entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais.

Na sua condição de direito (subjeto) negativo ou de defesa, também ao direito à moradia é aplicável a lição de Robert Alexy, especialmente quando demonstra que a dimensão negativa abrange: a) direitos ao não-impedimento de ações; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações (em suma, não-afetação de determinados bens jurídicos); c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas³¹. Também a assim designada proibição de retrocesso em matéria de concretização dos direitos sociais assume uma posição de destaque e acaba sendo reportada à dimensão negativa, não sendo o caso aqui de analisar se há ou não uma equivalência entre a proibição de retrocesso e as situações mencionadas por Alexy³².

Sem que se pretenda neste estudo explorar cada uma destas manifestações da dimensão ou função negativa, visto que a finalidade precípua será a de analisar especificamente o problema da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador e/ou sua família, percebe-se, desde logo, que mesmo como direito de defesa (negativo) há todo um complexo de situações a ser levado em conta, que não podem ser pura e simplesmente equiparadas. De outra parte, resulta evidente que a dimensão negativa (com as posições jurídico-fundamentais que lhe são inerentes) atua visivelmente como indispensável meio de tutela da própria dimensão positiva, pois de nada adiantará assegurar (positivamente) o acesso a uma moradia digna, se esta moradia não estiver protegida (negativamente) contra ações do Estado e de terceiros.

Importa frisar, nesta quadra, que justamente aos direitos fundamentais considerados na sua dimensão negativa, não se costuma refutar sua direta aplicabilidade, o que, como bem se sabe, não é exatamente incontroverso quando se trata da dimensão positiva. Tendo por objeto ações negativas (exigindo o respeito e a não-ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental) não se verifica, em regra, a dependência direta (vale enfatizar este aspecto!) da realização destes direitos subjetivos negativos de prestações fáticas ou normativas por parte do sujeito passivo, o que, como já frisado, não afasta a dupla dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para

ocorrer pela edição de atos normativos ou mesmo outros atos concretos destinados a salvaguardar a moradia (direitos a prestações normativas e fáticas), aspecto este que será considerado logo a seguir e que diz com a dimensão prestacional (positiva).

³¹ Cf. ALEXY, Robert., op. cit., p. 186 e ss.

³² A respeito da proibição de retrocesso v. especialmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 442 e ss. No âmbito da doutrina estrangeira, v., por último a coletânea de COURTIS, Christian (Compilador), *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, com contribuições de vários autores sobre as experiências de diversos Países e também a aplicação da proibição de retrocesso na esfera internacional.

quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise, há que acrescentar) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequiabilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”³³ Ainda que a dimensão negativa dos direitos fundamentais não exclua a existência de conceitos mais ou menos indeterminados – como é o caso justamente do direito à moradia – nada impede (ainda mais em se levando a sério o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) que tais conceitos não possam ter seu conteúdo definido pela via da intervenção judicial, quando for o caso, não sendo o caso de uma dependência da intermediação pelo legislador.

Que todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) desencadeiam efeitos diretos e que não podem estar condicionados à prévia regulação legal, pelo menos no sentido de que geram para seu titular um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de situações prontamente desfrutáveis e que são, em primeira linha, dependentes apenas de uma abstenção por parte do sujeito passivo, também entre nós já tem sido sustentado há muito³⁴. Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa (posições subjetivas negativas), a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito, já que, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, correspondem àquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís Roberto Barroso), uma abstenção por parte do destinatário da norma³⁵. Por outro lado, resulta evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante já demonstrado, pode manifestar-se de formas diferenciadas), as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, efeitos que, de resto, são comuns a todas as normas de direitos fundamentais³⁶.

³³ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 256-257.

³⁴ É o que, de há muito, advoga BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

³⁵ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”. *Revista de Direito Público* 57/58: 242, 1981.

³⁶ É neste contexto, entre outros aspectos que poderiam ser citados, que a doutrina e jurisprudência germânicas passaram a reconhecer uma assim designada (e a terminologia não restou imune a críticas) eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerados também como elementos integrantes de uma ordem de valores objetiva, sobre o restante do ordenamento jurídico. Para uma compreensão da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, v. dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 133 e ss. Entre

Que com o exposto não estamos a recusar uma eficácia plena e aplicabilidade direta aos direitos fundamentais na sua dimensão positiva (de direitos subjetivos a prestações) é bom fique registrado e apenas não será objeto de desenvolvimento em virtude do enfoque do presente trabalho³⁷. Por outro lado, dizer que o direito à moradia (em outras palavras, o conjunto de posições jurídicas que lhe são inerentes) é, no plano normativo, diretamente aplicável, não significa dizer, a exemplo dos demais direitos fundamentais, que o direito à moradia possa ser considerado (mesmo na sua dimensão negativa) como sendo um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições³⁸. Assim, apenas para mencionar um entre tantos exemplos que poderiam ser referidos, a desocupação de área de proteção ambiental, estribada, portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar à desocupação e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário, de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas, já que haverá de se assegurar uma realocação das pessoas e um acesso a uma moradia digna. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle impõem aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados³⁹.

Nas relações entre particulares, onde o direito à moradia, notadamente (mas não exclusivamente) na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e aplicabilidade⁴⁰,

nós, v., a respeito da dimensão objetiva e seus desdobramentos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 167 e ss., bem como BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152 e ss., SARMENTO, Daniel. "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria", in: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102, e, mais recentemente, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116 e ss.

³⁷ Sobre o problema da eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais em geral, mas explorando com detalhes a questão dos direitos a prestações como direitos subjetivos, remetemos ao nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 268 e ss.

³⁸ Com efeito, o fato de estarmos diante de normas de eficácia plena, capazes de gerarem todos os seus efeitos, inclusive na esfera subjetiva, não afasta a potencial restringibilidade destes efeitos, notadamente no que diz com o exercício dos direitos subjetivos, de tal sorte que a possibilidade de sofrer restrições não se constitui, em absoluto, um "privilégio" das assim denominadas normas de eficácia contida, consagradas no direito pátrio pela obra de José Afonso da Silva.

³⁹ Cf. aponta CRAVEN, Matthew, *op. cit.*, p. 335 e seguintes, consignando que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado arbitrariamente da moradia.

⁴⁰ Aqui iremos desconsiderar a discussão a respeito de uma eficácia imediata (direta) ou mediata (indireta) do direito à moradia e dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações entre particulares, partindo do pressuposto de que tal eficácia ocorre, implicando uma vinculação não apenas do legislador e do Poder Judiciário na esfera cível (do direito privado), mas também uma eficácia que opera em

igualmente são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, como pode ocorrer precisamente numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino. Também nesta perspectiva se enquadra a discussão em torno da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia para o devedor e/ou sua família, que constitui justamente o enfoque específico desta abordagem, a ser enfrentado no próximo e último segmento.

4. O SUPREMO TRIBUNAL E A DISCUSSÃO EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR NO ÂMBITO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO

A despeito da evolução jurisprudencial precedente, que, especialmente a partir da inclusão do direito à moradia no artigo 6º da Constituição, passou a tutelar cada vez mais a moradia na condição de bem fundamental, especialmente nas hipóteses em que estava em causa a proteção da propriedade imobiliária utilizada para fins de moradia contra uma penhora (seja ampliando o âmbito de proteção do assim chamado bem de família, seja por aplicação direta do direito à moradia, hipótese, todavia, menos comum), o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relator Min. Cezar Peluso), acabou por considerar constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8009/90, na versão que lhe deu a Lei Federal nº 8.245/91). Considerando que a penhora do imóvel residencial, que vinha, em regra, sendo – embora alguns temperamentos – tida por inconstitucional por parte de expressiva jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo em decisão monocrática anterior do próprio Supremo Tribunal Federal⁴¹, constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (pois se cuida de uma afetação

relação aos atos dos particulares. A respeito desta temática, v., dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang “Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-164, assim como aos estudos de SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, STEINMETZ, Wilson. *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005, especialmente p. 132 e ss., PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434 e ss., todos sustentando, ainda que com alguma variação, uma eficácia em princípio direta (embora não absoluta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Sustentando uma eficácia apenas indireta, v. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 108 e ss. Especificamente versando sobre a eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares v., por último, SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 61, janeiro-março de 2007, p. 90-125.

⁴¹ V. a decisão nos Recursos Extraordinários de nº 352.940 e 449.657, relatados pelo Ministro Carlos Velloso.

do bem constitucionalmente tutelado) coloca-se a questão do acerto da decisão ora comentada, ainda mais em se levando em conta os fundamentos esgrimidos pelos votos vencedores e a repercussão da decisão.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto no voto do relator, Ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos. Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões podem ser facilmente ratificadas. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que “compõe o espaço existencial da pessoa humana”, o relator, igualmente com acerto, averbou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”. Mais adiante, na esteira da doutrina e dos parâmetros normativos acima apresentados, destaca o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e neste passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode, “sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Na seqüência, ao afirmar que a *ratio legis* da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o Ministro relator lança sua conclusão, no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação há de prevalecer em face do dano menor resultante para os fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança. Para finalizar, averba o relator que “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o Ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua

família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência”. Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evoca simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício. Mais adiante, já no embate direto com o Ministro-Relator, refuta o caráter programático das normas constitucionais, afirmando o seu efeito vinculante, bem como afastando o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações, já que políticas públicas deverão assegurar este mercado de modo apropriado.

Muito embora não se possa imputar ao Ministro-Relator ter outorgado ao direito à moradia a condição de norma programática e a despeito de ter aquele esclarecido que a intenção é justamente proteger os que não são proprietários, já que estes constituem uma minoria no Brasil, seguem em aberto algumas questões vinculadas à argumentação do Ministro Eros Grau e que merecem reflexão mais detida.

A primeira diz respeito ao fato de que em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para aquele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas. A dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido. Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais⁴².

⁴² A respeito desta dupla perspectiva (proibição de excessos e de proteção insuficiente ou deficiente) v., entre nós, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 47, março-abril de 2004, p. 60-122, assim como STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n° 2 (2004), p. 243 e ss. Dentre a literatura estrangeira, notadamente no que diz com a

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a esta perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Ministro-Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade as coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial. O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total desnecessidade da utilização de garantias reais. A não-utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob este viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de considerar, nas circunstâncias do caso, que a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade. De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato. Sem que se vá aqui avançar mais neste exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente este em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (invocando que se poderia estar chancelando a incapacidade civil do fiador) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua

aplicação da proibição de insuficiência e dos imperativos de tutela no âmbito do Direito Privado, v. o pioneiro e paradigmático CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, tradução da edição alemã de 1999, onde o autor retoma e desenvolve seus estudos sobre o tema desde já o início dos anos 1980.

autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais. A própria alienação voluntária da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, se resto, no mínimo parcialmente equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação de fiança⁴³, tal como afirmou o Ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do Ministro Carlos Britto, que justamente invocou a indisponibilidade do direito à moradia. Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do Relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial⁴⁴. Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴⁵, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia “espontaneamente” afiançado um contrato de mútuo bancário do pai não nos parece impertinente.

⁴³ No mínimo, há que levar em conta que a venda do patrimônio resulta em benefício patrimonial para próprio vendedor (alienante) e que tal situação não pode ser equiparada à dação em garantia que poderá resultar na expropriação do imóvel!

⁴⁴ A respeito do tópico v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p.115 e ss. Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, v. especialmente NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade e, dentre outros, MOTA PINTO, Paulo, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.

⁴⁵ Cf. BVerfGE vol. 89, p. 214 e ss., onde prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

⁴⁶ Sobre o tema v. as indispensáveis lições de FREITAS, Juarez, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, bem como de PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade. Não tendo sido efetuado este exame e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade.

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

Por mais que se possa avançar na discussão e avaliar outros argumentos, tenham sido, ou não, ventilados na decisão ora comentada, já é possível perceber o quanto uma solução constitucionalmente adequada, ainda mais em matéria de tamanha repercussão geral, reclama maior investimento argumentativo. Da mesma forma, verifica-se que se está apenas diante de mais uma dentre tantas questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal que escancaram o quão falaciosa é a distinção entre matéria de fato e matéria de Direito. Além disso, a desconsideração de importantes dimensões do caso concreto aponta para a possibilidade de equívocos significativos no processo decisório e, o que é pior, de um resultado que pode implicar flagrante violação de princípios fundamentais e do próprio núcleo essencial de direito fundamental, somente evitáveis mediante uma exegese simultaneamente tópica e sistemática, como necessariamente há de ser toda a interpretação⁴⁶. A situação, todavia, acaba sendo ainda mais grave se à decisão em favor da legitimidade constitucional da penhora for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mormente se impeditiva pelo menos de uma divergência justificável à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se vá aqui adentrar a discussão em torno da legitimidade constitucional do efeito vinculante em decisões que sequer atendem o quorum qualificado da súmula vinculante. Tão fundado é o receio, que já se verifica uma tendência, mesmo por parte de órgãos judicantes que antes consideravam inconstitucional a exceção legal permissiva da penhora, de, sem qualquer reflexão adicional (sequer para justificar minimamente as razões da alteração de seu convencimento e mesmo sem qualquer olhar para as circunstâncias do caso concreto) pura e simplesmente alterarem o seu posicionamento, afinando-o com a orientação ora imprimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Importa enfatizar, nesta quadra, que não se trata aqui de fazer coro com os que pregam uma espécie de resistência teimosa e irrefletida às decisões do Supremo Tribunal Federal, pois a crítica que aqui se formula também abarca decisões que, igualmente sem maior reflexão e conexão com as circunstâncias do caso concreto (e da dignidade concreta das pessoas às quais dizem respeito os casos!) em várias hipóteses transformaram o discurso legítimo em prol do direito à moradia em instrumento de tutela de propriedades de luxo, como se propriedade e moradia fossem direitos idênticos e como se fossem direitos

absolutamente blindados a qualquer limite ou restrição. O que se buscou problematizar neste ensaio, foi justamente a necessidade de se exercer uma resistência em relação a soluções simplistas e generalizadas, e que a busca da melhor resposta implica avaliação criteriosa não apenas de algumas questões de ordem normativa e formal. O que se espera é que o Supremo Tribunal Federal, assim como já o fez em matéria de saúde e até mesmo em relação a possíveis temperamentos do efeito vinculante na hipótese da vedação de tutela antecipada contra a fazenda pública, siga de portas abertas, se não para uma reformulação radical do seu entendimento expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite, acabar chancelando situações de extrema injustiça.