

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: APLICAÇÃO DO ART. 3º, IV, DA LEI N° 8.009/90 E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING: APPLICATION OF ART.
3, IV, OF LAW NO. 8.009/90 AND THE JURISPRUDENCE OF THE
SUPREME FEDERAL COURT

Elizabeth Bezerra de Lima Guerra Pereira

 elizabethpereira@tjrn.jus.br

Graduada em Direito pela Universidade Portiguar (UNP), com especialização e aperfeiçoamento nas áreas de Direito Público e Privado. Assistente de juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

O artigo científico versa sobre o direito de moradia e sua perda para o Estado como garantia de pagamento do IPTU, fato jurídico que tem previsão legal na Lei 8.009/90, norma que confronta com os princípios da isonomia e dignidade humana, quando a perda da moradia é sofrida pelo indivíduo de baixa renda. A técnica do *distinguishing* demonstra que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da impenhorabilidade da moradia única do cidadão não se aplicam a questão específica da moradia em relação a obrigação tributária.

Palavras-chave: Direito Constitucional.
Direito de moradia. Bem de família.

The scientific article deals with the right to housing and its loss to the State as a guarantee of payment of IPTU, a legal fact that has a legal provision in Law 8.009/90, a rule that confronts the principles of equality and human dignity, when the loss of housing is suffered by the low-income individual. The distinguishing technique demonstrates that the decisions made by the Supreme Federal Court regarding the unenforceability of the citizen's single dwelling do not apply to the specific housing issue in relation to the tax obligation.

Keywords: Constitutional law. Housing right. Family good.

Submetido em: 15/06/21 - Aprovado em: 23/09/21

INTRODUÇÃO

A moradia é tema de grande importância social e jurídica nas sociedades. Como tendência nas constituições democráticas o direito à moradia recebe *status* de direito fundamental. No Brasil teve seu lugar garantido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 26/2000. O lugar de destaque se justifica quando se constata que a moradia é parte integrante e essencial da vida do homem, ocupando seu espaço junto aos elementos que configuram a dignidade humana.

O direito à moradia está destacado como direito social implicando em obrigações positivas para o Estado brasileiro, o qual ao longo do tempo vem implantando políticas públicas que proporcionem acesso e proteção à moradia.

O legislador infraconstitucional visando garantir a moradia mínima para o cidadão, editou a Lei nº 8.009/1990, conhecida como Lei do Bem de Família, dedicando-se a prever a impenhorabilidade do bem imóvel objeto da moradia do devedor, buscando preservar, além da dignidade do homem, a instituição familiar, ambas tidas como base da sociedade.

Contudo, a referida lei excepcionou situações onde a impenhorabilidade do bem familiar cede diante de determinados créditos. Trata-se das disposições do art. 3º, e neste contexto, exceta-se dentre outras a penhora do bem familiar para pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano, taxas e contribuições devidas em função daquele imóvel (art. 3º, IV).

Significa dizer que as dívidas relacionadas a tributos que tenham como alvo da incidência tributária o próprio imóvel, podem ter como garantia de pagamento a moradia do contribuinte devedor.

A questão problema surge quando o devedor classificado como de baixa renda deixa de pagar os referidos tributos e passa a ser executado judicialmente pela dívida. Nessas execuções a expropriação da moradia promove um problema social ao desabrigar as pessoas que já se situam na linha da pobreza ou na hipossuficiência econômica.

Questiona-se a incompatibilidade desse fato jurídico com o grave deficit habitacional vivenciado no Brasil, com a figura protetora do Estado, com os objetivos da República e com a função social dos impostos. Permitir a retirada da moradia para pagamento de tributos desequilibra a ordem jurídica na medida em que fere princípios fundamentais como a dignidade humana, a isonomia e o mínimo existencial do indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal em análise à questão da penhorabilidade do bem de família já se posicionou favoravelmente às exceções relativas ao fiador em contrato de locação e ao devedor de taxa condominial (RE 407.688/SP, RE 612.360/SP, RE 439.003-5/SP).

Todavia, seria correta a adoção destas decisões como precedentes vinculantes sem análise e ponderação às questões constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais envolvendo a moradia e a dignidade humana em face da cobrança de tributos?

O presente estudo pretende demonstrar os pontos ainda sem debate do Supremo, bem como diferenciar os casos representados nas referidas decisões das circunstâncias sociais e jurídicas implicadas na cobrança de tributos.

A elaboração deste artigo científico utilizou o método qualitativo e quantitativo, com pesquisa descriptiva do pensamento doutrinário, jurisprudencial, além do levantamento de dados estatísticos usando como referência a 5^a Vara de Exceção Fiscal e Tributária e a Central de Avaliação e Arrematação, ambas da Comarca de Natal/RN.

Objetiva discutir a aplicação do art. 3º, IV, da Lei 8.009/1990 no contexto constitucional vigente, promovendo a compreensão da questão problema por meio da análise jurídica das normas envolvidas, relacionando direitos fundamentais e as garantias atribuídas como dever ao Estado.

BREVE HISTÓRICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO BRASIL

A história da moradia no Brasil tem origem nos longínquos períodos vivenciados pela sociedade brasileira, os quais merecem registro por representarem marcos importantes na construção do que hoje se tornou o direito à moradia.

Aponta-se como marcos legislativos e fatos sociais que influenciaram na formação do direito à moradia a Lei de Terras datada de 1850, a qual disciplinava critérios jurídicos para aquisição da propriedade privada e a Lei Áurea de 1888 que declarou a abolição da escravidão no Brasil.

À época a justa liberação dos escravos produziu como efeito colateral o problema do acesso à moradia no país, considerando que uma grande massa de pessoas (escravos livres), saíram para as cidades desprovidas de abrigo, alimento e demais necessidades básicas. Somam-se a esses fatos questões não menos importantes como a imigração, o êxodo rural formando a problemática do acesso à moradia.

A escassez de recursos, a demanda por habitação e o crescimento exponencial de moradias precárias formaram bolsões segregados batizados de cortiços ou favelas. A gravidade do problema social e a supremacia da dignidade humana reclamaram que o tema da moradia fosse tratado com peso constitucional, o que foi expressamente introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 26/2000.

O DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em 1948 no contexto do mundo pós-guerra a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu uma série de direitos objetivando proteger o cidadão das arbitrariedades do Poder Estatal e preservar a dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem criou um núcleo de direitos intangíveis, estabelecendo o que deveria ser considerado como padrão de vida mínimo ao qual todo ser humano tem direito.

Albergado no texto do artigo XXV, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, está o direito à habitação que junto aos demais direitos ali previstos representam o embrião do que se consignou chamar de direitos fundamentais.

Desta forma, mesmo antes de ser inserido expressamente no texto constitucional brasileiro o direito à habitação já era conhecido como direito fundamental, a doutrina brasileira já o considerava como direito fundamental implícito na Constituição brasileira.

Somente com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi inserido no texto da Carta Magna caracterizado como direito fundamental de segunda geração, inserto na lista dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que atribuem ao Estado uma obrigação de prestação positiva, direitos de caráter social que perseguem o ideal de igualdade material, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais.

Por sua vez os direitos sociais representam liberdades positivas de observância obrigatória pelo Estado, pretendendo a melhoria das condições de vida e a concretização da igualdade social.

O objetivo de alcançar uma sociedade justa e igualitária do ponto de vista da dignidade humana moveu os organismos internacionais na formação de tratados, pactos firmados entre as nações signatárias, onde as mesmas se obrigam a promover e fomentar os direitos sociais.

No Brasil a responsabilidade pela concretização dos direitos sociais resultou numa série de previsões constitucionais que preveem destinação específica de recursos, adoção obrigatória de planos nacionais com metas aos entes federados.

O tema é de competência comum da União, Estados e Municípios, conforme o art. 23, IX, e parágrafo único da Constituição Federal, atribuindo esforço conjunto na realização do direito à moradia, no desenvolvimento do equilíbrio e na promoção do bem-estar social.

O direito de moradia também alberga a concepção de moradia digna, cujos requisitos foram descritos pelo Comentário Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sendo eles: segurança da posse; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.

O DIREITO À MORADIA COMO POLÍTICA PÚBLICA NO BRASIL

Ao longo do tempo o Estado brasileiro vem buscando atender as necessidades intrínsecas ao direito de moradia, para tanto, editou leis regulamentando a ocupação de terras, a urbanização das cidades e criou programas de financiamentos habitacionais.

Oportuno registrar que no Brasil o déficit habitacional bateu recorde no ano de 2017 chegando a 7,7 milhões de unidades¹. Segundo o IBGE o déficit é calculado considerando habitações precárias, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel e adensamento excessivo em domicílios locados.

Na tentativa de reduzir o déficit habitacional foram lançadas políticas públicas, dentre as quais é possível destacar o programa habitacional "Minha Casa, Minha Vida" e

1. WANDERLEY, Ed; BARROS, Lorena. Déficit habitacional atinge maior marca em 10 anos; solução pode vir da Academia. Ig Último segundo, Brasil, 31/08/2019. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-08-31/déficit-habitacional-atinge-maior-marca-em-10-anos-solução-pode-vir-da-academia.html>. Acesso em: 09 out. 2020.

mais recentemente o programa “Casa Verde e Amarela”, os quais direcionam bilhões em recursos públicos para a viabilização do acesso à moradia adequada a população, em especial, a considerada de baixa renda.

Os programas sociais propostos para facilitar o acesso à moradia são destinados às camadas sociais divididas por faixa de renda: faixa 1 até R\$ 1.800,00; faixa 1,5 até R\$ 2.350,00; faixa 2 até R\$ 4.000,00 e faixa 3 até R\$ 9.000,00.

Segundo o Boletim Mensal Sobre os Subsídios da União no período compreendido entre 2009 a 2018 o programa “Minha Casa, Minha Vida” destinou subsídios que totalizaram R\$ 113 bilhões (BRASIL, 2020)².

O direito à moradia digna e sua efetivação na Constituição Federal de 1988, além da previsão dos artigos 6º, 13, IX, também se destaca no capítulo: “DA POLÍTICA URBANA” onde se estabelecem diretrizes para o desenvolvimento do bem-estar social.

Os artigos 182 e 183 do texto constitucional apresentam ferramentas jurídicas que compõem a política de desenvolvimento urbano, prevendo a adoção do plano diretor, a desapropriação e o usucapião, com relevo para a concepção da função social da propriedade.

Apesar de todos os esforços o Brasil está longe de concretizar de forma plena o direito à moradia, considerando que depende de uma cadeia de elementos que vão desde disponibilidade de recursos públicos, vontade política e engajamento social.

Neste ponto, frise-se que uma das maiores dificuldades na concretização dos direitos sociais é a escassez de recursos públicos, e muito embora caracterizem-se como direitos fundamentais, sua efetivação está condicionada à disponibilidade de recursos do Estado.

Diante desse panorama social e jurídico o direito à moradia digna representa um enorme desafio, isso porque, a habitação é um elemento indispensável à vida do homem e de difícil acesso, viabilizá-lo para todos pode ser considerado, ainda, como uma utopia social.

A PROTEÇÃO DA MORADIA NO BRASIL

O texto constitucional ao tratar dos direitos e garantias individuais já considerava em seu art. 5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, visando proteger a intimidade e a vida privada das pessoas, evitando a violação da moradia sem justa causa:

O reconhecimento de que a moradia é direito fundamental do cidadão gerou a necessidade de criar mecanismos de garantia da sua conservação em face da possibilidade de perda desse patrimônio destinado ao abrigo da entidade familiar.

O legislador brasileiro buscou inspiração na lei americana conhecida como “Lei do Homestead, o lugar do lar” (VELOSO, 1990), que isentou os imóveis residenciais urbanos ou rurais (limitados a determinado tamanho) de qualquer execução judicial por dívidas.

2. BRASIL. Ministério da Economia. Boletim Mensal sobre os subsídios da União: Programa Minha Casa Minha Vida, Brasília, 20/02/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/boletim/10-boletim-mensal-sobre-os-subsidios-da-uniao-programa-minha-casa-minha-vida/view>. Acesso em: 09 out. 2020.

Editou-se para esse fim a Lei nº 8.009/1990, a qual disciplina a impenhorabilidade do bem de família, protegendo-o contra dívida de natureza civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

Trata-se de uma versão obrigatória (desde que este seja único) do bem de família voluntário previsto no Código Civil 1916, mantido pelo Código Civil de 2002, nos artigos 1.711 e seguintes.

Todavia, o art. 3º, da Lei nº 8.009/1990 excepciona desta proteção os créditos oriundos de financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; devidos pelo credor de pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário; para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; por ter sido adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a resarcimento, indenização ou perdimento de bens; e por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Conclui-se que a proteção estatal ao bem de família não é absoluta, pois a Lei nº 8.009/1990 considerou que nas hipóteses acima descritas a impenhorabilidade desaparece, e por via de exceção a moradia se curva ao direito de crédito.

A MORADIA COMO GARANTIA DO PAGAMENTO DO IPTU E A EXPROPRIAÇÃO PELO ESTADO

A Constituição Federal estabelece as regras gerais que disciplinam o Sistema Tributário Nacional, dentre elas a repartição de competências tributárias, atribuindo aos Municípios a competência para instituir e cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano, de forma que este ente federado é o responsável pela execução judicial dos contribuintes inadimplentes dos tributos relacionados à moradia urbana.

Por sua vez a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública encontra disciplina na Lei de Execução Fiscal, Lei nº 6.830/1980, a qual busca complementariedade no Código de Processo Civil e demais leis que regulamentem situações pertinentes a sua aplicação, como é o caso da Lei nº 8.009/1990 no que toca à questão da impenhorabilidade do bem de família.

Segundo o rito da cobrança judicial da dívida ativa quando esta é proveniente de débito de Imposto Predial e Territorial Urbano e Taxa de Limpeza Pública, não havendo o pagamento ou nomeação de bens à penhora pelo executado, inicia-se a procura por bens passíveis de constrição observando a lista de preferência descrita no art. 11, da Lei nº 6.830/1980, onde o bem imóvel ocupa a quarta posição, antecedido apenas por dinheiro, título da dívida pública, pedras e metais preciosos.

Novos mecanismos de busca do devedor e seus bens foram criados e constantemente aperfeiçoados para promover a satisfação do crédito público, tais como os sistemas eletrônicos Sisbajud e Renajud, objetivando a penhora de dinheiro e de veículos, respectivamente.

Contudo, a busca por dinheiro e veículos do devedor de baixa renda geralmente é infrutífera, e o imóvel popular cuja posse ou propriedade foi alvo dos tributos devidos ao Município acaba respondendo pelo débito em hasta pública.

Para a Edilidade o imóvel é a garantia de recebimento do crédito cobrado, representando segurança e comodidade para o exequente, e sem mais questionamentos o sistema jurídico vai aceitando país afora a retirada supostamente legal das famílias de suas residências.

Questionam-se o art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 e sua incompatibilidade com as disposições constitucionais que asseguram de maneira tão ampla o direito de ter onde morar. Maior questionamento surge quando a expropriação da moradia é promovida por aquele que assume o papel de garantidor deste direito, o próprio Estado.

A Lei nº 8.009/1990 ao excetuar que a moradia poderá ser penhorada em razão de dívidas relacionadas ao pagamento de tributos (art. 3º, IV), legitimou o Estado a exigir o recebimento de seus créditos tributários ao custo da moradia do cidadão. Mas como compreender o sentido da norma quando ela permite que aquele que deve garantir, fomentar e proteger a moradia passe a expropriá-la, a tomá-la a força.

A norma em comento seria aceitável não fosse a grave questão social envolvendo a moradia dos menos favorecidos. A ideia de que o próprio imóvel responda pelas dívidas geradas em torno de sua existência pode fazer sentido social e jurídico quando é imposta ao devedor contumaz ou àquele que por causa transitória ou opção se torna inadimplente.

Todavia, a aplicação dessa regra de forma indistinta viola o direito social à moradia que a muito custo vem se construindo no Brasil. A expropriação de casas populares para satisfação de créditos fiscais vai de encontro à função social do próprio imposto que se pretende receber.

Perde a harmonia constitucional a norma que permite ao Estado a tomada da habitação do cidadão para lá mais adiante tornar-se devedor dele no mesmo quesito moradia. As camadas sociais mais baixas que vivem na linha da pobreza, hipossuficientes e dependentes do Estado em relação aos serviços públicos gerais de saúde, educação e segurança, passam a ficar sem a sua casa aumentando em muito a sua vulnerabilidade social e exigindo ainda mais a atuação do Estado em seu favor.

Por mais incoerente que pareça essa é a realidade vivenciada pelos devedores do Imposto Predial e Territorial Urbano e da Taxa de Limpeza Pública, cobrados judicialmente por meio de execuções fiscais ajuizadas pelos Municípios brasileiros.

Não basta arrecadar, nem fazê-lo a qualquer custo, muito menos com prejuízo social, é preciso que o sistema tributário reflita além de legalidade, coerência com os valores fundamentais da sociedade e em hipótese alguma a tributação deve assumir o papel de desconstruir esses valores.

A tributação do ponto de vista da estrita legalidade deve considerar que “A legalidade não está na lei. É um processo histórico que se constrói no eixo paradigmático do tempo. A legalidade inspira-se na lei, mas se realiza no processo narrativo do direito” (SANTI, 2014).

Do ponto de vista econômico e social é inegável o impacto direto na vida das pessoas, e desta forma deve observar entre muitos objetivos o de promover o desenvolvimento humano, a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza.

Esse descompasso da norma prevista no art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 com o contexto constitucional e histórico envolvendo a moradia, caracteriza-se como uma imperfeição jurídica coberta pela legalidade, sobre a qual se deve lançar as lentes do argumento jurídico e social para buscar uma solução justa e aceitável no sistema de normas brasileiro, através da interpretação e aplicação inteligente, coerente e harmoniosa das leis assegurando ao cidadão a existência e o gozo dos direitos já conquistados.

RECEITA PÚBLICA E FUNÇÃO SOCIAL DOS IMPOSTOS

A atuação do Estado pressupõe um alto aporte de recursos capazes de sustentar o custo de manutenção da máquina pública, da continuidade da prestação dos serviços e da realização de obras e projetos públicos previamente planejados.

O custeio do Estado é repartido entre a sociedade onde cada cidadão colabora com o pagamento de seus impostos, taxas, e contribuições estabelecidas em lei, obedecendo princípios específicos e regras gerais de direito.

Muito mais que simplesmente o sustento da estrutura do Estado, a arrecadação de impostos é o meio ordinário e indispensável para realização dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

O constituinte definiu metas que devem ser perseguidas pelo Estado servindo de norte para orientar as atividades da Administração Pública e a própria sociedade enquanto destinatária da norma constitucional.

Pode-se afirmar que o Brasil é um Estado Social Democrático de sistema capitalista, que tem em suas diretrizes o sentido maior de sua existência. A realização da justiça e solidariedade social, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais merecem destaque quando se busca encontrar as razões da atividade tributante.

Para que a atividade tributária alinhe-se à sua função social é preciso que "A legalidade, a universalidade, a vedação ao confisco, a observância da capacidade contributiva, assim como outras garantias aos contribuintes, não sejam vistas como ponto de chegada, mas ponto de partida rumo ao alcance dos objetivos fundamentais" (BASTOS, 2006).

Compreende-se então que o produto do penoso dever de pagar tributos possui uma função social, todos pagam para que juntos usufruam como sociedade na medida de suas necessidades específicas.

O cidadão é devedor do Estado e credor deste ao mesmo tempo, formando um círculo de direitos e deveres onde o bem comum é a razão de tudo, as metas sociais transcendem os interesses individuais, originando o princípio da supremacia do interesse público.

Apesar dos claros comandos constitucionais supracitados é fácil constatar que a atividade tributária, da forma como vem sendo desenvolvida pelo Poder Público, criou um campo de batalha onde o fisco representa o feroz credor do contribuinte que, por sua vez, precisa defender seu patrimônio.

A Constituição dedicou um espaço específico para as diretrizes de Direito Tributário, visando controlar a atividade fiscal com princípios e garantias aos contribuintes, todavia, ainda, vivencia-se uma pesada litigiosidade das questões tributárias perante o Poder Judiciário. Forçoso concluir que no aspecto tributário parece distante a essência da solidariedade e cooperação idealizada na Constituição Federal.

DA IGUALDADE (ISONOMIA)

O princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput* está intimamente ligado à noção de dignidade humana, sendo constantemente reclamado no cotidiano das pessoas, orienta todo o ordenamento jurídico.

A norma é destinada ao legislador que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Num primeiro plano o postulado da igualdade objetiva prevenir discriminações e privilégios injustificados, de outro lado procura orientar ações que promovam o equilíbrio e o desenvolvimento de políticas públicas que atuem na redução das desigualdades individuais e sociais.

Além da previsão do *caput* do art. 5º, a Constituição de 1988 reforçou o princípio da igualdade em outras normas, buscando promover igualdade material pela outorga de direitos sociais concretizáveis (SILVA, 2005).

Nos direitos sociais que exigem prestações positivas pelo Estado a igualdade geralmente é perseguida por meio de políticas públicas adotadas com a finalidade de reduzir as desigualdades, na maioria das vezes, decorrentes de preconceitos e hipossuficiência econômica.

A necessidade de aprofundar a concepção da igualdade saindo do campo meramente formal e adentrando na igualdade substancial (isonomia material) deu origem a políticas públicas, das quais podemos citar: o sistema de cotas raciais, o programa PROUNI e a Lei Maria da Penha; todas já reconhecidas como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (LENZA, 2018).

No campo tributário para atender o primado da igualdade, o legislador definiu as diretrizes da capacidade contributiva, da progressividade e seletividade, todos objetivando graduar a tributação à situação econômica do contribuinte de forma individualizada.

Contudo, resta claro que a aplicação indistinta do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 a todos os contribuintes executados, pobres e ricos, idôneos e inidôneos, somente é capaz de promover igualdade formal entre os devedores.

Basta ponderar-se acerca do devedor de IPTU de baixa renda que não tem o mesmo patamar social e econômico do devedor considerado classe média, por exemplo. É certo que ambos não suportarão a perda da moradia com as mesmas consequências sociais.

DA DIGNIDADE HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição Federal de 1988 elegeu como um de seus fundamentos a dignidade humana, valor imbuído nas constituições modernas com o intuito de defender o homem das atrocidades da guerra e do autoritarismo desumano de determinados regimes políticos.

A proteção e o respeito ao homem, sua personalidade e liberdade são um caminho de observância obrigatória pelo Estado Democrático de Direito, se não o mais importante a ser perseguido, considerando que o Estado é criado pelo homem e para o homem.

Mais que um conceito jurídico a dignidade humana é definida pela doutrina como um atributo do homem, algo que é inerente à sua personalidade, indispensável à sua sobrevivência.

Dissertando sobre os fundamentos do Estado Brasileiro Marcelo Novelino considera a dignidade humana como valor supremo que deve orientar a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa constitucional (NOVELINO, 2008).

Todavia, não basta existir no mundo das ideias. Surge a constatação de que a dignidade humana precisa sair do plano subjetivo e axiológico para materializar-se no cotidiano das pessoas, sendo necessário estabelecer requisitos mínimos para a sua caracterização, o que foi definido pela doutrina como sendo o mínimo existencial, sem o qual o homem não será livre, igual e digno.

No contexto da dignidade humana e do mínimo existencial está inserido o direito a moradia como elemento integrante desse núcleo básico e indispensável ao homem. Ao Estado atribuiu-se uma obrigação de duas vias: positiva quando é responsável em promover o acesso aos direitos, e o negativo quando é obrigado a respeitar e não suprimir o mínimo existencial do indivíduo.

A doutrina constitucional com relação à concretização dos direitos sociais discute a eficácia das normas de conteúdo programático, a reserva do financeiramente possível e a garantia da mínima existência, reconhecendo a existência do princípio implícito da vedação do retrocesso social.

Sobre a vedação do retrocesso social o constitucionalista Canotilho, refere-se:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 1994, p. 338-340)

Face ao exposto, o art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90 em relação aos economicamente menos favorecidos viola o mínimo existencial e fere a dignidade do contribuinte expropriado. Pode-se dizer que expropriar a moradia dos hipossuficientes constitui um verdadeiro retrocesso social, não havendo alternativa ou medida compensatória que retire essas pessoas de um estado de necessidade maior do que aquele que tinham quando eram somente devedores do IPTU.

A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Algumas demandas envolvendo a constitucionalidade do texto inserido no art. 3º, da Lei nº 8.009/1990 chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Na medida das suas análises o Tribunal Superior tem considerado as previsões do referido artigo como compatíveis com a Constituição Federal.

No entanto, a questão contida no inciso IV ainda carece de análise aprofundada da Corte. Alguns aspectos envolvendo a moradia, de fato, já foram enfrentados pelo Supremo nos Recursos Extraordinários nºs 407.688, 439.003-5/SP e 612.360/SP, os quais são objeto de estudo deste texto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688/SP

O Recurso Extraordinário 407.688/SP, de relatoria do ministro César Peluso, fora julgado em fevereiro de 2006, por maioria dos votos, com divergência dos ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Melo.

O caso concreto diz respeito a responsabilidade do fiador em contrato de locação que fora executado por dívida deixada pelo locatário. No processo de execução o imóvel familiar do fiador fora penhorado como garantia de pagamento, tendo o mesmo requerido a desconstituição da penhora alegando direito à proteção do bem de família.

O juiz de primeiro grau considerando que o executado sustentava a condição de fiador responsável pela dívida indeferiu o pedido, justificando o enquadramento do caso nas exceções de impenhorabilidade previstas no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990.

Inconformado, o executado interpôs agravo de instrumento, ao qual fora negado provimento pelo antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Contra a referida decisão foi interposto o Recurso Extraordinário 407.688/SP, tendo como discussão central a validade das disposições trazida no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 face o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000.

A análise da Corte abordou a constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família quando este for oferecido como garantia nos contratos de locação regidos pela Lei nº 8.245/1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Os argumentos utilizados pelo Relator para confirmar a constitucionalidade da penhora foram: a) que o direito à moradia não se confunde necessariamente com direito a propriedade imobiliária; b) que o direito de locação também se constitui em meio hábil a promover moradia para as pessoas desprovidas de recursos; c) que a garantia por meio da penhora do bem de família do fiador favorece o acesso à moradia. Afirmou-se que a tutela do direito social de moradia comporta redução de interpretação para acomodar direitos simultâneos, dentre os quais se encontram o direito subjetivo do fiador ao bem de família e o análogo direito do locador à habitação.

As razões do voto do Relator ainda consideram importante a manutenção do estímulo do acesso à habitação arrendada, e que vedar as facilidades representadas pela garantia do imóvel do fiador, o qual não está obrigado a prestar fiança, geraria desequilíbrio no mercado das locações residenciais.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que os direitos fundamentais não são absolutos, confrontando-se muitas vezes com outros direitos fundamentais, para ele a Corte está diante de uma relação jurídica entre particulares (contrato de fiança em locação) onde estão presentes a liberdade contratual e autonomia da vontade.

Os votos divergentes abordaram a não recepção do art. 3º, da Lei nº 8.009/1990 em relação à superveniência da Emenda Constitucional nº 26/2000; a supremacia do direito à moradia sobre a pactuação contratual entre particulares em favor de terceiros, tendo em vista o objetivo da norma constitucional de proteger a dignidade do homem e a instituição família.

Para o Ministro Eros Grau o direito à moradia enquanto instrumento de proteção do indivíduo é garantido pela generalidade das constituições modernas; a impenhorabilidade do bem de família constitui instrumento de proteção da família e de sua subsistência.

O Ministro Carlos Brito defendeu que em face das qualificações constitucionais o direito à moradia é indisponível, não podendo decair diante de um contrato de fiança.

O Ministro Celso de Melo destacou que o direito à moradia está ligado à exigência da solidariedade social, fato que permite a interpretação segundo a qual restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial deve ser superada.

Nesta senda, apesar dos fortes argumentos contrários, o guardião da constituição atribuiu compatibilidade da penhorabilidade do bem de família, no que concerne ao imóvel residencial do fiador em contrato de locação (art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 612.360/SP

Em 2010 a questão novamente fora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal. O caso em tela tratou de processo de execução ajuizado para cobrança de dívida oriunda de contrato de locação, sendo executado solidariamente a pessoa do fiador. No curso da execução o imóvel do garantidor fora penhorado, razão pela qual o mesmo apresentou embargos à execução alegando inconstitucionalidade da norma prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 26/2000, sendo julgado improcedente pelo juiz da causa.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a apelação contra a sentença de improcedência negou provimento ao apelo, arguindo que a Emenda Constitucional nº 26/2000, acrescentou ao texto constitucional norma programática com eficácia paralisante frente ao regramento legal das relações privadas.

O Recurso Extraordinário 612.360/SP teve a relatoria da Ministra Ellen Gracie, que constatando os requisitos da repercussão geral, julgou monocraticamente o recurso reafirmando os argumentos majoritários da Corte no RE 407.688/SP, acima analisado.

Desta vez o Supremo não se debruçou sobre a questão, não houve debate acerca dos pontos levantados no recurso, limitando-se somente a citação de recursos com causas de pedir semelhantes.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 439.003/SP

O Recurso Extraordinário 439.003/SP, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em fevereiro de 2007, por unanimidade dos votos, analisou a exceção à impenhorabilidade do bem de família em relação aos débitos provenientes de contribuição condominial.

Na origem tratou-se ação de cobrança de despesas condominiais, na qual fora realizada a penhora da respectiva unidade imobiliária. A parte executada, proprietária do bem, recorreu ao Segundo Tribunal de Alçada do Estado São Paulo face à determinação de realização de leilão. O referido Tribunal manifestou-se no sentido de que sendo as despesas "*propter rem*" não há que se falar em impenhorabilidade, sob pena de se prejudicar os demais usuários da coisa comum.

Irresignada a recorrente interpôs recurso extraordinário sustentando que a exceção à impenhorabilidade contida no art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 não se aplica ao caso de cobranças condominiais; que a decisão de penhora do imóvel viola os arts. 5º, XXVI e 6º da Constituição Federal e que tais direitos não podem ser suprimidos por lei infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal analisou a validade da penhorabilidade fundada no art. 3º, IV, parte final, da Lei nº 8.009/1990 (contribuições devidas em função do imóvel familiar), trazendo como argumentos que a impenhorabilidade protege o bem de família nas relações contratuais de intercâmbio, e não nas relações de interesses comuns, como é o caso do condomínio; que a contribuição condominial é essencial à conservação da própria coisa.

A Corte considerou que em relação ao débito condominial existe uma obrigação comum entre os condôminos, onde todos se obrigam a contribuir para a conservação do todo, prevalecendo aqui a solidariedade de uns para com os outros.

Ficando evidenciado que o devedor de taxas condominiais não prejudica somente a preservação de sua unidade isoladamente, o que já seria motivo suficiente para ferir o próprio direito à moradia, mas também o conjunto de todos os imóveis a ele interligado pelo regime de condomínio, justificando, assim, a penhorabilidade do bem familiar.

LACUNAS DEIXADAS NAS DECISÕES

O aprofundamento nos argumentos das decisões aponta que o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou de forma direta as questões que dizem respeito à perda do imóvel residencial para o Estado, sendo necessário discutir a nível constitucional os pontos que ainda seguem controvertidos, tais como:

a) o direito social à moradia destinado a pessoas hipossuficientes *versus* débitos gerados a partir de uma relação jurídica tributária, quem prevalece? O direito à moradia ou o direito de recuperação do crédito tributário?

- b) o custo social e financeiro da recuperação desse crédito para a sociedade *versus* a função social dos impostos;
- c) na relação Estado *versus* cidadão há ou não ofensa à isonomia, ao mínimo existencial e a dignidade humana?
- d) em que aspectos a norma que permite a expropriação do imóvel para pagamento de tributos contribui para resguardar o direito de moradia?

São muitos os questionamentos que podem ser levantados e a questão deve ser avaliada com muita parcimônia sem defesa de interesses outros que não os do cidadão destinatário da norma constitucional e infraconstitucional.

Nenhum dos três recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal trouxe resposta para as questões suscitadas neste trabalho. Os argumentos das decisões estudadas não referendam a aplicação da norma contida no art. 3º, IV, parte inicial (penhorabilidade por motivo de cobrança de impostos devidos em função do imóvel familiar).

Até o momento a análise do Supremo cingiu-se ao conflito entre particulares envolvendo a penhora da moradia (obrigação condominial e fiação), onde a aplicação da norma exige outro patamar de interpretação baseada em princípios específicos.

As próprias resenhas das decisões dos integrantes da Corte discorrem sobre a diferenciação na aplicação da norma quando uma das partes é o Estado, como se constata na fala do Ministro Joaquim Barbosa:

Nessa linha de pensamento, entendo que a questão posta neste recurso extraordinário implica inicialmente saber se são impostas ao cidadão comum, ou melhor, se são aplicáveis as relações privadas, como o mesmo peso e o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude da previsão, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais. Noutras palavras, a questão é saber se esses direitos se impõe, com a mesma força e o mesmo alcance, as relações travadas ao largo de qualquer manifestação estatal (BRASIL, 2006)

Fica claro que a presença do Estado em um dos polos da questão transforma a aplicação do direito, seja atribuindo prerrogativas criadas para atender as necessidades especiais do Estado em juízo, seja para atribuir-lhe obrigações positivas ou negativas em face dos indivíduos.

Destarte, a aplicação do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 deve assumir contornos diferentes daqueles adotados para as relações privadas, sendo imperioso que o Supremo Tribunal Federal encontre respostas adequadas às inevitáveis questões que a interpretação da norma impõe.

CONCLUSÃO

O direito à moradia no Brasil percorreu longo caminho até alcançar conquistas e garantias, saiu de um patamar de quase inexistência para se transformar em um direito fundamental, previsto como parte integrante do mínimo existencial e indispensável à dignidade do homem.

Faz parte da história social brasileira a luta pela moradia e preservá-la se tornou um fim a ser perseguido pela sociedade, e como não poderia deixar de ser, pelo direito. O Brasil acolheu tratados internacionais de direitos humanos, editou leis protetivas da moradia, promoveu emendas ao texto da Constituição.

A moradia se tornou um sonho e o ordenamento jurídico passou a ser utilizado como instrumento de garantia e proteção desse direito. Contudo nenhum direito se apresenta como absoluto e as exceções são elaboradas para situações consideradas especiais.

Como exceção a regra da proteção a moradia existe o art. 3º, da Lei nº 8.009/1990, e cabe aos atores e interpretes do direito ponderar sobre a melhor solução aos casos concretos, observando as razões, objetivos e consequências de sua aplicação.

Buscar fundamento constitucional para aplicação das exceções postas no art. 3º é respeitar a própria norma, tornando-o justa e útil à sociedade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A função tributária: por uma efetiva função social do tributo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 143-160, jan/mar., 2006. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p143.pdf. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Boletim Mensal sobre os subsídios da União**: Programa Minha Casa Minha Vida, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/boletim/10-boletim-mensal-sobre-os-subsidios-da-uniao-programa-minha-casa-minha-vida/view>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 2250-5**. Relator: Min. CÉSAR PELUSO. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. **Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo: FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO**. Brasília, 06 out. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 338-340.

DHNET. **Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/abc/onu/comites_economicos.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. Classificação das receitas públicas. **Jusbrasil**, 2018 . Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/450148288/classificacao-das-receitas-publicas>. Acesso em: 02 set. 2020.

FERNANDES, Eristón Carlos Barroso; FARIA, Isadora Veras. Bem de família e a proteção do ordenamento jurídico. **Jus.com.br**, 2017 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62243/bem-de-familia-e-a-protecao-do-ordenamento-juridico>. Acessado em: 02 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délia Mota de. **Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica**. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/teoria-brasileira-dos-precedentes-judiciais-e-o-argumento-novo-nao-considerado-na-formacao-da-tese-juridica/>. Acesso em: 29 set. 2020.

PINHEIRO, Camilla. A Função Social dos Tributos. **JurídicoCerto, Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/dracamillapinheiro/artigos/a-funcao-social-dos-tributos-2450>. Acesso em: 25 out. 2019.

REIS, Reisson R. dos. A evolução histórico-jurídica do acesso à moradia no Brasil independente. 2018. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66833/a-evolucao-historico-juridica-do-acesso-a-moradia-no-brasil-independente>. Acesso em: 02 set. 2020.

SANTI, Eurico Marcos Diniz De. **KAFKA, Alienação e deformidades da legalidade, exercício do controle social rumo à cidadania fiscal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Leopoldo Sellmann. O direito fundamental à moradia digna e a política pública habitacional no Brasil. **Direitonet**, 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11046/O-direito-fundamental-a-moradia-digna-e-a-politica-publica-habitacional-no-Brasil>. Acesso em: 02 set. 2020.

VELOSO, Zeno, Bem de Família. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n. 107, p. 203-214, jul./set., 1990. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175800/000450918.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 out. 2020.

WANDERLEY, Ed; BARROS, Lorena. Deficit habitacional atinge maior marca em 10 anos; solução pode vir da Academia. **Ig Último segundo**, Brasil, 2019. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-08-31/deficit-habitacional-atinge-maior-marca-em-10-anos-solucao-pode-vir-da-academia.html>. Acesso em: 09 out. 2020.