

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

JOÃO ROBER MELO CIRNE

DIREITO À MORADIA

Porto Alegre

2011

JOÃO ROBER MELO CIRNE

DIREITO À MORADIA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

Porto Alegre

2011

JOÃO ROBER MELO CIRNE

DIREITO À MORADIA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINDORA

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Conceito:

Porto Alegre, xx de dezembro de 2011

RESUMO

Este trabalho tem por desiderato o direito fundamental do homem à moradia digna. Para tanto, a análise desse direito é feita em dois momentos. No primeiro, percorre-se desde o reconhecimento da moradia como direito do homem no plano internacional, até o seu reconhecimento, no plano interno, pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Nessa etapa do trabalho, o enfoque principal diz respeito ao reconhecimento do direito à moradia como agente de satisfação das necessidades básicas (saúde e autonomia), bem como suas implicações com um dos princípios que fundamentam o Estado Brasileiro, qual seja, dignidade da pessoa humana. No segundo momento, procura-se delinear um parâmetro para a efetivação do direito à moradia pelo Poder Judiciário, para tanto, lançou-se mão da teoria do discurso do estado constitucional democrático, para concluir que tal direito pode ser visto como uma norma que estatui um dever-ser *prima facie*. Como decorrência disso, sua realização, pela via judicial, depende de uma argumentação sistemática do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Moradia. Direito Fundamental do Homem. Efetivação. Dever-Ser *Prima Facie*. Argumentação Sistemática.

ABSTRACT

The object of this work is the fundamental right to adequate housing. The analysis of this right is made in two stages. At first, it goes through the international recognition of the right to housing as a human right and its internal recognition by the Constitutional amendment nº 26 of 2000. At this stage, the main focus concerns the recognition of the right to housing as a way of satisfying basic needs (health and autonomy) as well as its implications with one of the principles underlying the Brazilian State, namely, human dignity. In the second stage, it tries to outline a parameter for the realization of this right by the judiciary, to do so, it employs the discourse theory of the democratic constitutional state to conclude that this right can be seen as a standard that establishes a must-be *prima facie*. As a result, its implementation by the courts depends on a systematic legal argumentation.

Key words: Housing. Fundamental Human Right. Effectuation. Must-be *Prima Facie*. Systematic Argumentation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM À MORADIA	10
2.1 Direito Fundamental do homem: aspectos gerais	11
2.2 O Direito à moradia no plano internacional: breves considerações	17
2.3 O Direito à moradia no plano nacional	18
2.3.1 Âmbito fático: mínimo existencial	19
2.3.2 Âmbito jurídico: direito fundamental à moradia	24
2.3.2.1 Plano constitucional	25
2.3.2.1.1 Direito à moradia e dignidade da pessoa humana: conceito	25
2.3.2.1.2 Direito à moradia e os objetivos fundamentais	30
2.3.2.1.3 Direito à moradia e os direitos da personalidade	32
2.3.2.1.4 Direito à moradia e o direito de propriedade	37
2.3.2.2 Plano Infraconstitucional	41
2.3.2.2.1 Moradia e Lei do parcelamento do solo urbano	41
2.3.2.2.2 Moradia e contrato de locação	42
2.3.2.2.3 Moradia e a impenhorabilidade do bem de família	45
2.3.2.2.4 Moradia e o Código Civil	47
2.3.2.2.4.1 Moradia, propriedade, posse e função social	47
2.3.2.2.4.2 Moradia e o direito real de habitação	50
2.3.2.2.5 Moradia e o Estatuto da Cidade	52
2.3.2.2.5.1 Moradia, desapropriação-sanção e função social da cidade	53
2.3.2.2.5.2 Moradia e usucapião especial de imóvel urbano	54
2.3.2.2.5.3 Concessão de uso especial para fins de moradia	56
2.4 Conclusão	59
3 PARÂMETROS PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELO PODER JUDICIÁRIO	62
3.1 Problematização: análise jurisprudencial	63
3.1.1 Direito à moradia <i>versus</i> posições jurídicas públicas	63

3.1.1.1 Ente público e o cumprimento das regras de ordenação urbana	64
3.1.1.1.1 Decisões e argumentos favoráveis ao direito à moradia	64
3.1.1.1.2 Decisões e argumentos desfavoráveis ao direito à moradia	67
3.1.1.2 Ente público e demanda prestacional à moradia	70
3.2. Desenvolvimento de critérios para realização do direito à moradia	72
3.2.1 Distinção entre norma e texto normativo	72
3.2.2 Argumentos empregados na interpretação jurídica	75
3.2.3 O direito à moradia como norma de direito fundamental	79
3.2.3.1 O que deve ser entendido como norma de direito fundamental	79
3.2.3.2. Normas de direito fundamental: regras e princípios	80
3.2.3.3 O direito à moradia é uma norma <i>prima facie</i>	83
3.2.3.4. O princípio da proporcionalidade	83
3.2.3.5 Restrição e violação de normas de direito fundamental	86
3.3 Direito à moradia e aplicação de acordo com as premissas lançadas	88
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

“O homem habita como um poeta. Isso quer dizer que a relação do ‘ser humano’ com a natureza, com o ‘ser’ e seu próprio ser, reside no habitar, nele se realiza e nele se lê”¹.

A “casa é asilo inviolável”² do morador; é o maior espaço de liberdade que alguém pode ter, porque somente dentro dela é que o ser humano pode se expor por completo; é o endereço certo e determinado para que uma pessoa interaja com a sociedade; é o espaço por excelência da família; é o nosso porto seguro; é a revelação de um dos mais elementares direitos do homem: o direito de morar.

Embora, morar seja tudo isso, infelizmente está longe de ser um direito para todos. Ou seja, muitas famílias se encontram em estado de miserabilidade, sem ter um lugar para morar, ou quando o têm, não o é *asilo inviolável*, lugar em que a *vida privada* e a *intimidade* mantêm-se incólumes, não é a habitação provido de saneamento básico; é, no máximo, um casebre com esgoto a céu aberto. As repercussões dessa verdade tão evidente, visível a qualquer um que, efetivamente, propõe-se a vê-la, são desastrosas para a sociedade. Isso porque essa necessidade básica elementar (morar com dignidade) é determinante na formação da pessoa.

É dizer, morar com dignidade é condição para que a pessoa possa participar da vida em comunidade, possa ser feliz, possa constituir uma família digna. Por ser tão relevante, o direito de morar compõe o mínimo existencial – conjunto de recursos básicos indispensáveis a qualquer pessoa –, que por ser assim foi elevado a direito fundamental.

Todavia, embora, no plano do dever-ser, a moradia seja um direito fundamental, porque o seu exercício fático está sujeito à especulação imobiliária, torna-se inalcançável para muitas pessoas. Justifica-se, dessa forma, a necessidade de tutela estatal, para que, na medida do possível, todos tenham acesso a esse direito.

Sob essa perspectiva (necessidade de tutela estatal) surge a pergunta – em que medida o Poder Judiciário, como poder soberano (frisa-se: soberania popular)

¹ LEFEBVRE. Henri. *A Revolução Urbana*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.81.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Artigo 5º, inciso IX.

está comprometido com a realização de direitos fundamentais, sobretudo, no que diz respeito ao direito à moradia que guarda íntima relação com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil? O Trabalho de Conclusão de Curso que ora passa-se a desenvolver, tem como escopo primordial a resposta a essa indagação.

Do exposto até o momento, entende-se que a realização do direito fundamental à moradia pelo Poder Judiciário implica o estabelecimento de parâmetros para a sua atuação. Disso, em uma singela tentativa de expor o problema e desenvolver requisitos para a aplicação do direito fundamental em comento, divide-se o presente estudo em duas partes. A primeira volta-se para a descrição do direito fundamental do homem à moradia e suas implicações no plano constitucional e infraconstitucional; a segunda parte diz respeito aos parâmetros que se julga adequados para a aplicação do direito à moradia pelo Poder Judiciário.

Quanto à descrição do direito fundamental do homem à moradia, é de primordial importância a compreensão do objeto em si (moradia). Para tanto, lançar-se-á mão da concepção desse direito como mínimo existencial, sempre, ou ao menos tentando, assegurar uma compreensão fática do que é moradia, pois como afirma o Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) sem um lugar adequado para proteger-se 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, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida³.

A par das premissas iniciais que dizem respeito à compreensão do objeto é que se passará a desenvolver o direito à moradia como direito fundamental. Neste ponto, cabe destacar que a compreensão de estado pactuada por ocasião da promulgação da Constituição Brasileira é – na medida em que teoria e eficácia de direitos fundamentais dependem da concepção de Estado que uma dada sociedade

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro e fevereiro, 2009, 2010, p. 15. Disponível na Interet: [HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf) acesso em: 10 de outubro de 2011.

tem⁴ – a opção mais adequada à realização de direitos fundamentais, sobretudo para a realização dos direitos sociais. Neste ponto, oportuna é a demonstração da identidade política brasileira, qual seja o preâmbulo de nossa Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifou-se)

Esse é o Estado Brasileiro; esta é a escolha política dos brasileiros: Estado Democrático destinado a assegurar os exercícios dos direitos sociais e individuais. À luz dessa compreensão é que parâmetros para a realização do direito à moradia pelo Poder Judiciário devem ser fixados.

⁴ M. ESTEVES, João Luiz. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 17: Somente é possível um estudo investigativo concernente ao alcance e a amplitude do conceito de direitos fundamentais, bem como ao comportamento estatal - e particularmente do Judiciário – na concretização desses direitos, com base no entendimento de que sua efetivação se dará em maior ou menor grau, a depender do tipo político-ideológico em que porventura estejam inseridos, ou seja, em que estão fundamentados. Conforme Bökenförde, uma teoria dos direitos fundamentais tem seu ponto de referência "en una determinada concepcion del Estado yo en una deterrninada teoría de la Constitución". Portanto, o modelo de Estado será sempre determinante no modo de aquisição e garantia de direitos, que são definidos por uma teoria constitucional que, em última análise, acaba por conformar, dialeticamente, o tipo ideológico preponderante na estrutura estatal.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM À MORADIA

Os direitos fundamentais do homem estão em constante construção no desenrolar da história da humanidade e guiam-se pelo aperfeiçoamento da máxima de que todo homem, não importando as diferenças culturais e biológicas que os distingam entre si, merecem igual respeito. E isso é, ao fim e ao cabo, o “reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”⁵.

Esse fenômeno igualdade, a partir de uma visão social de Estado, formulou a concepção de igualdade material, em que este assume ações não abstencionistas (no sentido de apenas criar um ambiente em que as pessoas sejam livres perante a lei), mas intervencionista no sentido de equilibrar as desigualdades materiais. Para essa concepção, o Estado deve partir do homem e das “diferenças entre os indivíduos em sociedade, que geram hipossuficiências de natureza vária, para postular uma intervenção estatal no sentido de discriminações positivas a fim de corrigir tais diferenças”⁶. Caso não se busque a correção das desigualdades no plano fático, comprometido estará o ideal de igualdade de todos perante a lei.

É nesse contexto que o direito à moradia surge com extrema e essencial relevância para a construção de uma sociedade justa.

Impõe-se destacar que a sociedade brasileira é composta por uma população extremamente urbana⁷ e que as cidades se organizam legalmente de forma desigual; é dizer, enquanto uma parte da cidade é produzida regularmente, a outra parte é “produzida à margem da lei e da ordem urbananística – ilegal e irregularmente, portanto – criando uma via de acesso à terra e à moradia que

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1

⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

⁷ OSÓRIO, Letícia Marques. *Direito à Moradia Adequada na América Latina*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.22-23.

obedece a uma lógica da necessidade”⁸. Dessa forma, o direito à moradia há de ser considerado pelo viés da igualdade material.

A par dessas considerações iniciais, procurar-se-á desenvolver esta parte do trabalho, inicialmente revisando a concepção de direito fundamental do homem em que está inserido o direito à moradia e posteriormente descrevendo-o no plano do direito positivo internacional e nacional.

2.1 Direito Fundamental do homem: aspectos gerais

Na obra *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitucion*, Pérez Luño esboça uma definição de direito humano que se entende pertinente para o desenvolvimento deste trabalho:

(...) un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁹.

Iluminado pelas ideias do autor anteriormente citado e acrescentando o termo *fundamental*, José Afonso da Silva lança a seguinte contribuição:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. Direitos

⁸ ALFONSIN, Betânia de M. *Para além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.280.

⁹ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p.48.

fundamentais do homem significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17¹⁰.

À luz dos ensinamentos citados, depreende-se que direitos fundamentais são situações jurídicas imprescindíveis para a realização de qualquer pessoa humana, enquanto tal, em um determinado momento histórico. Por corolário, essas situações jurídicas (direitos fundamentais do homem) resultam da conexão de cinco fatores: (1) momento histórico; (2) concreção da dignidade da pessoa humana; (3) concreção da liberdade; (4) concreção da igualdade e; (5) positividade desses direitos por meio de um órgão legitimado, situação que traz consigo a fundamentalidade.

(1) Momento histórico: insta, aqui, apenas salientar que nos dias de hoje, ao contrário do que ocorria no século XVIII, julgam-se os direitos fundamentais sociais essenciais para a realização do ser humano. Esse caráter de essencialidade determina serem reconhecidos, tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional, como direitos fundamentais do homem. Isso fica claro, no que diz respeito ao direito à moradia, a partir de seu reconhecimento como direito do homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e sua consolidação formal no direito brasileiro com a Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

(2) Concreção da dignidade da pessoa humana: uma interpretação de amplo reconhecimento da dignidade da pessoa humana é dada por Immanuel Kant. Para ele o homem é um fim e nunca um meio. É dizer: o que é digno é insuscetível de valor, pois a sua condição (no caso a condição humana) é de impossível mensuração. O valor (preço) é possível apenas ao meio, porque este é exterior ao fim. Disso, cabe destacar que, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, “incensurável (...) é a permanência da concepção Kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como um fim e não como um meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação”¹¹.

Essa qualidade intrínseca e irrenunciável do ser humano guarda íntima vinculação com a realização de direitos fundamentais. O reconhecimento da

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.35.

dignidade da pessoa humana é proporcional a realização de direitos fundamentais. A partir dessa premissa, tem-se que o contrário é verdadeiro. Isso fica claro nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças¹².

A dignidade da pessoa humana, em um constante processo de reconhecimento ao longo da história, passou a ser considerada, na atualidade, não apenas como princípio filosófico ou religioso, mas, sobretudo, como um princípio jurídico que informa o fim do próprio Direito.

Nessa linha argumentativa, tem-se que após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, como reação imediata, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 trouxe em seu preâmbulo a referência expressa à dignidade da pessoa humana: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” (...).

A dignidade da pessoa humana, considerada neste momento histórico como um valor supremo, transformou-se em princípio de direito que passou a integrar os sistemas constitucionais promulgados após a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Constituição Brasileira é exemplo disso, na medida em que estatui em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito brasileiro.

(3) Concreção da liberdade: José Afonso da Silva, analisando o conceito de liberdade, vincula esta à realização pessoal do homem em busca de sua felicidade. Veja-se:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto a definição de Rivero:

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.61.

“liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal¹³.

A liberdade como poder de autodeterminação do homem exige que ele tenha um considerável patamar de compreensão da sociedade em que vive, dela participe livremente para a tomada de decisões, bem como detenha possibilidades materiais para que, conscientemente, faça as suas opções em busca da felicidade.

Ocorre que esse ideal de liberdade fora conquistado, em primeiro momento histórico, por um grupo social seletivo. Paulo Bonavides deixa claro o exposto:

Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experiência histórica na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade, qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Shmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política.

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideia comum a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano da aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe¹⁴.

Tinha-se na constituição do Estado Liberal Burguês a expressão de liberdade, em seu viés universal, apenas no âmbito formal do direito, porque materialmente o povo não participava das decisões políticas e, em grande medida, não tinha o que os neoliberais chamam de liberdade como satisfação das necessidades fundamentais. Norberto Bobbio assim se manifesta em relação a isso:

Os neoliberais observam que o direito de adquirir as coisas indispensáveis para viver, pouco valor tem para os que não possuem a possibilidade de adquiri-las; que o Estado deveria tornar estas coisas acessíveis a todos; que esta necessidade implicaria por parte do Estado uma atuação limitadora da Liberdade individual, mediante a definição de normas relativas à saúde pública, à instrução e ao

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Ed. 6ª. São Paulo: Malheiros, 1996, p.42.

bem-estar. O objetivo último é o bem-estar social, não a Liberdade individual; os neoliberais usam a palavra Liberdade para definir esse objetivo. “Liberdade pessoal significa, pois, o poder que o indivíduo tem para assegurar para si alimentação, moradia e vestuário suficientes” (S e B.Webb). Ao contrário, os que não têm capacidade para obter aquilo que a sociedade deveria torná-los capazes de alcançar, porém são livres para fazê-lo em relação ao Governo, carecem da “Verdadeira Liberdade”¹⁵.

Inegável que há um vínculo entre liberdade e necessidades básicas para que um homem se realize, para que um homem faça as suas escolhas de acordo com o seu ideal de felicidade. Afinal, como afirmou Franklin Delano Roosevelt, citado por Norberto Bobbio¹⁶: “Homens necessitados não são homens livres”.

A par dessas considerações, o direito à moradia deve ser compreendido como essencial à genuína liberdade a que o homem busca: liberdade para agir de forma consciente e responsável em busca do seu ideal de felicidade.

(4) Concreção da igualdade: os direitos sociais “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula”.¹⁷

Assim como a liberdade, a igualdade no Estado de Direito, forjado a partir da Revolução Francesa, nasceu como um princípio jurídico apenas formal; contudo, as transformações sociais que conduziram ao Estado Social impuseram a evolução do conceito, passando a entender-se tal princípio como sendo de alcance material ou substancial. Nesse sentido, Eurico Bitencourt Neto assim se manifesta:

A igualdade como princípio jurídico no quadro do Estado de Direito liberal nasceu como igualdade formal, ou igualdade perante a lei, como uma proibição de discriminações ou privilégios, que salvaguarda essencialmente o valor da segurança jurídica, postulando, ainda, uma igualdade processual ou procedimental. A partir da ultrapassagem do modelo liberal de abstencionismo estatal e da luta pela superação das desigualdades sociais por meio do Estado, a ideia de igualdade se enriquece, tornando-se insuficientes a necessidade de que todos sejam abstratamente considerados iguais em direitos e deveres¹⁸.

¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário Político*. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007, p.711.

¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário Político*. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007, p.711.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518.

¹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

A igualdade reconhecida pelo seu viés fático (igualdade substancial ou material) embasa os direitos fundamentais a prestações que visam a superar as diferenças que dificultam ou impossibilitam a realização de uma pessoa na vida em sociedade. A definição de igualdade material exposta por Eurico Bitencourt Neto é elucidativa:

A igualdade material, assim compreendida, é a disposição jusfundamental no âmbito do Estado social e base de direito fundamentais a prestações, seja como princípio geral em que se podem adscrever tais direitos, seja como alicerce axiológico de direitos sociais expressos, que tornam explícitos os contornos gerais da sociedade de bem-estar a que se visa e de um direito ao mínimo para um a existência digna¹⁹.

Com efeito, a concreção dos direitos fundamentais do homem, dentre os quais está a moradia, no presente momento histórico, encontra-se vinculada, em maior medida, se comparada ao valor liberdade, à concreção do valor da dignidade e à concreção do valor da igualdade. Cite-se, por oportuno Pérez Luño:

Respecto a la igualdad debe recordarse, tal como se há evidenciado al aludir a la experiencia iusinformática del Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo, que constituye el derecho humano mas importante em nuestro tiempo, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales²⁰.

(5) A positivação dos direitos fundamentais do homem, sobretudo o direito à moradia: o direito à moradia é reconhecido como direito fundamental do homem e como tal, encontra abrigo normativo tanto no plano do direito internacional, quanto no plano do direito nacional.

Desse modo, os direitos fundamentais do homem são os reconhecidos e positivados como tais em um dado momento histórico e fazem referência a justa medida entre dignidade da pessoa humana, valor liberdade, valor igualdade, sendo que os sociais, dentre os quais está a moradia, pendem a balança para o lado da dignidade da pessoa humana e do valor igualdade (sobretudo em seu viés material).

¹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103-104.

²⁰ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos. 1999, p.49-50.

2.2 O Direito à moradia no plano internacional: breves considerações

No plano internacional o direito à moradia é reconhecido como direito do homem pelos seguintes documentos: Declaração Universal dos Direitos do Homem; Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção Sobre Direitos da Criança e na Declaração Sobre Assentamentos Humanos de Vancouver.

Dada a concisão do trabalho, abordar-se-ão apenas os dois primeiros.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, de que o Brasil é signatário, trouxe como uns dos direitos do homem, o direito de morar, embora se utilizando da expressão habitação, no item I, inciso XXV, estabelecia que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em casos de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora de seu controle²¹.

Essa declaração, conquanto seja de fundamental importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, não tem força para vincular os Estados no âmbito do direito interno. Sobre o tema, oportuna a lição de Francisco Rezek:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de resolução da Assembléia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos,

²¹ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62-63.

certos países reagiram lembrando a natureza não-convencional da Declaração²².

Merece destaque também o escólio de Néelson Saule Junior:

O direito à moradia no direito internacional dos direitos humanos tem como fonte originária a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, apesar de não ter valor jurídico, contém um núcleo de direitos da pessoa humana, que foram incorporados nos tratados internacionais de direitos humanos²³.

O termo moradia foi usado, pela vez primeira, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais o qual constitui, sem dúvida, o principal marco da positivação do direito fundamental do homem à moradia no plano internacional do direito. O Brasil é signatário desse tratado²⁴, tendo-se obrigado ao reconhecimento de um nível de vida adequado a toda pessoa, bem como a tomar medidas que visem à promoção habitacional.

Conclui-se que no âmbito do direito internacional o direito à moradia, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é reconhecido como direito fundamental do homem.

2.3 O Direito à moradia no plano nacional

O direito à moradia foi reconhecido formalmente pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, como direito fundamental social. Disso, analisar-se-á o direito à moradia por dois enfoques, os quais, para fins didáticos, denominar-se-ão de âmbito fático e jurídico. No primeiro (fático) analisar-se-á a moradia pela concepção de mínimo existencial imprescindível para a realização de um ser

²² REZEC, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Ed. 9ª. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211.

²³ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 89.

²⁴ Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992.

humano; no segundo (jurídico) a moradia será analisada como direito fundamental do homem assegurado no plano constitucional e no plano infraconstitucional.

2.3.1 Âmbito fático: mínimo existencial

Entende-se por mínimo existencial o conjunto determinado de coisas imprescindíveis para a autonomia do indivíduo em relação à sua sociedade. Essa noção implica dizer, na esteira do pensamento adotado por Paulo Gilberto Cogo Leivas, que necessidades básicas se vinculam à prevenção de prejuízos graves²⁵. Ou seja, a realização das necessidades humanas básicas implica evitar danos de ordem significativa para a construção de uma pessoa com saúde e autonomia na sociedade em que está inserida.

Didaticamente, necessidades podem ser assim sistematizadas: (1) necessidades básicas e (2) agentes de satisfação dessas necessidades básicas²⁶. A par dessa classificação, compreendem-se necessidades básicas:

As condições prévias de toda ação individual, em qualquer cultura, são a saúde e a autonomia, portanto, estas constituem as necessidades humanas mais elementares e formam as pré-condições básicas para evitar prejuízos graves.

A saúde física, antes que a mera sobrevivência constitui uma necessidade humana básica. Para desenvolver-se bem na vida cotidiana – com independência de sua atividade ou contexto cultural -, os seres humanos precisam ir muito mais além da mera sobrevivência. Eles devem gozar de um mínimo de boa saúde. Tendo em vista a proposta de definições universais e transculturais de necessidades, os autores optam por uma definição negativa de saúde física, vinculado-a com a ausência de enfermidade biológica, uma vez que enfermidades graves geralmente incapacitam a quem delas padece para participar todo o bem que poderiam na forma específica de vida na qual se encontram.

Os indivíduos expressam sua autonomia por referência a sua capacidade de formular objetivos e estratégias consistentes que consideram como adequadas a seus interesses e suas intenções de pô-los em prática nas atividades que empreendem. São três as variáveis que afetam os níveis de autonomia individual: o grau de *compreensão* que uma pessoa tem em si mesma, de sua cultura e

²⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.123.

²⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123-125.

do que se espera dela como indivíduo dentro da mesma; a *capacidade psicológica* que possui para formular opções para si mesma e as *oportunidades* objetivas que lhe permita atuar em consequência²⁷.

Saúde e autonomia são necessidades básicas por excelência, porque determinam a realização da pessoa em si, bem como sua participação na vida em sociedade. Contudo, não são autorrealizáveis, pois necessitam de um conjunto de meios materiais e psicológicos (agentes de satisfação) que irão determinar os níveis adequados de saúde e autonomia de cada pessoa. Como exemplo desses agentes de satisfação, destaca-se a moradia adequada.

A par dessa conceituação cabe perquirir qual o nível adequado de saúde e autonomia para que a pessoa possa ser considerada autônoma e com capacidade de participação política em sua sociedade.

Para responder a essa indagação, reporta-se ao esquema adotado por Paulo Gilberto Cogo Leivas, para quem as necessidades básicas têm dois níveis de satisfação: (1) ótimo mínimo e (2) ótimo crítico.

No primeiro, o padrão de realização de saúde e autonomia determina um ser humano com aptidões cognitivas, anímicas e sociais capaz de fazer escolhas entre atividades de que deseja participar dentro da sua cultura.

No segundo, “a saúde e autonomia são tais que o indivíduo pode formular os objetivos e idéias necessárias para questionar sua forma de vida, participar em um processo político encaminhado para tal fim e, se o deseja, adotar outro tipo de cultura”²⁸.

Estes padrões de satisfação de necessidades básicas, por uma questão de desenvolvimento econômico e cultural de uma dada sociedade variam no tempo e no espaço. Vale dizer: os padrões mínimos de satisfação das necessidades básicas não são os mesmos entre, por exemplo, Brasil e Alemanha, como também não guardam identidade com o Brasil de hoje e o Brasil de cem anos atrás.

Ao entender moradia como um agente de satisfação das necessidades básicas (saúde e autonomia), surge uma nova pergunta: o que deve ser entendido por um nível mínimo de satisfação no que concerne à moradia? A resposta a essa

²⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p.125.

²⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 126.

indagação aponta para a delimitação do conteúdo fático e jurídico do direito de morar à luz da dignidade da pessoa humana. Esse conjunto fático e jurídico denomina o que convencionamos chamar de moradia digna.

No âmbito do conteúdo fático do direito à moradia, insta salientar que a Constituição Federal no artigo 7º, inciso IV, define-a como necessidade vital básica. Disso autores como Jacques Távora Alfonsin concluem que é do direito à vida que ela decorre, infere, também, que a “necessidade como projeto há de ser presidida pela escolha das melhores formas de satisfação das necessidades que se revelam como deficientes”²⁹. Isso deve ser considerado na elaboração legislativa. Por oportuno, neste momento, cabe destacar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, tendo-se obrigado, no plano internacional, dentre outros deveres, a respeitar o disposto no artigo 11-1 que diz:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Com o intuito de interpretar o sentido de moradia adequada, a Organizações da Nações Unidas (ONU), por meio do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais emitiu, em 13 de dezembro de 1991, o Comentário Geral n. 4, o qual informa os elementos indispensáveis para que se considere uma moradia como adequada:

(a) *segurança jurídica da posse*: todas as pessoas devem possuir um grau de segurança da posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamento e outros tipos de ameaça;

(b) *disponibilidade de serviços e infra-estrutura*: acesso ao fornecimento de água potável, fornecimento de energia, serviços de saneamento e tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública;

²⁹ ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003. p. 43.

(c) *custo de moradia acessível*: adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre os gastos com habitação e a renda das pessoas, criação de subsídios e financiamentos para os grupos sociais de baixa renda, proteção dos inquilinos contra aumentos abusivos de aluguel;

(d) *habitabilidade*: a moradia deve ser habitável, tendo condições de saúde, física e de salubridade adequadas;

(e) *acessibilidade*: construir políticas públicas habitacionais contemplando os grupos vulneráveis, como os portadores de deficiências, ou grupos sociais empobrecidos, vítimas de desastres naturais ou de violência urbana e conflitos armados;

(f) *localização*: moradia adequada significa estar localizada em lugares que permitam acesso às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escola e lazer;

(g) *adequação cultural*: respeito à produção social do habitat, à diversidade cultural, aos padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais³⁰.(grifos no original)

Essa delimitação de conteúdo aponta, não para um nível de realização do direito de moradia em grau elevado, mas sim para o mínimo que será determinante para que a pessoa tenha saúde e participe na vida em sociedade. Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes sobre o aspecto material deste direito fundamental do homem: “é isto que interessa discutir, ou seja, o direito à moradia, direito que inclui o de ocupar um lugar no espaço e direito às condições que tomam este espaço um local de moradia. Morar é um existencial humano”³¹.

Nesse contexto, impõe-se salientar que há uma relação intrínseca e de fundamental importância entre moradia e espaço público. É dizer: moradia digna, no sentido de agente de satisfação com capacidade de influenciar na construção de um ser autônomo e com saúde, depende dos serviços essenciais que advêm do espaço urbano.

A moradia em sua forma digna guarda relação de caráter necessário com o domínio público urbano. Nesse diapasão importa compreender a noção de domínio público urbano. Para tanto, lança-se mão dos conceitos aplicados à matéria por Thiago Marrara, que entende domínio público urbano “como um conjunto de bens

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro e fevereiro, 2009, 2010, p. 19. Disponível na Interet:[HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf) acesso em: 10 de outubro de 2011.

³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método. 2006. p. 67.

públicos e privados essenciais à prestação de serviços público de interesse local, incluindo tanto os logradouros públicos, quanto o mobiliário urbano”³².

Logradouros públicos, no domínio urbano, são os bens de uso comum do povo que podem ser classificados pela função que exercem em:

1) domínio viário, geralmente de propriedade municipal, incluindo aqueles bens que exercem função viária, pois concretizam direitos de locomoção de pessoas, circulação de mercadorias e difusão de informações; e 2) áreas públicas, englobando os espaços que sustentam os direitos de reunião, integração, cultura, lazer e outros direitos civis, sociais e culturais da população urbana³³.

Por sua vez, o mobiliário urbano é constituído de equipamentos e redes de infraestrutura. “Os equipamentos públicos são coisas, objetos tangíveis, vinculados à prestação de serviços públicos de interesse urbano, mas assumem a natureza de coisas singulares, coisas que podem ser tratadas de modo autônomo”³⁴.

Nesse contexto, traz-se à baila importante reflexão de Thiago Marrara sobre o papel dos logradouros públicos, bem como das infraestruturas de serviços públicos para realização de uma moradia digna:

O princípio da moradia digna se subordina diretamente à existência de elementos concretos, de bens necessários à oferta de serviços públicos na cidade. A moradia digna decorre do direito à cidade e, por consequência, depende do direito de acesso da população a determinados serviços básicos – o que pressupõe infra-estrutura e equipamentos públicos³⁵.

Conclui-se que no âmbito da dimensão fática do direito à moradia, esta é agente de satisfação da saúde e da autonomia e, como tal, uma moradia em sua forma digna é corolário da dignidade da pessoa humana, necessitando do preenchimento dos seguintes requisitos: (1) proteção eficaz de sua posse; (2) disponibilidade de infraestrutura básica, tais como água potável, fornecimento de energia elétrica e serviço de saneamento básico, (3) custo acessível de moradia que aponta para a proporcionalidade entre os gastos de habitação e a renda da pessoa;

³² MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 188-189.

³³ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 165-166.

³⁴ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 171.

³⁵ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 188.

(4) localização adequada que pode ser traduzida como sendo o oferecimento de serviços essenciais de transporte público, saúde, escola e lazer, todos acessíveis e próximos à moradia.

2.3.2 Âmbito jurídico: direito fundamental à moradia

Como já mencionado alhures, o direito à moradia foi reconhecido formalmente pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Essa elevação a direito fundamental presente no artigo 6º da Constituição Brasileira³⁶ não implica dizer que antes da referida emenda constitucional o direito à moradia não era fundamental. Ao contrário, por outras vias interpretativas, era possível chegar-se à conclusão de que a moradia já era reconhecida como um direito fundamental do homem. Nesse sentido, trazem-se à colação reflexões de renomados doutrinadores.

Inicia-se por José Afonso da Silva:

O direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX, segundo a qual é da competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava em contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC-26, de 14.2.2000, explicitou no art. 6º³⁷.

No mesmo sentido, por um caminho de conexão entre a dignidade da pessoa humana e a moradia, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que, mesmo não havendo um direito expresso desta no texto constitucional antes da Emenda Constitucional nº 26, seria possível concluir que ela já era reconhecida como um direito fundamental:

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade

³⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314.

da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade³⁸.

Conclui-se, pelo exposto que o direito à moradia, por estar intrinsecamente ligado à igualdade material e em maior medida à dignidade da pessoa humana, embora apenas tenha sido reconhecido formal e expressamente como direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, já se fazia presente na interpretação do texto constitucional original.

2.3.2.1 Plano constitucional

Neste tópico, tratar-se-á das implicações do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana (princípio informador do conteúdo de uma moradia digna), com os objetivos estatais dentro da concepção de Estado Social, com os direitos da personalidade e, por fim, com o direito à propriedade.

2.3.2.1.1 Direito à moradia e dignidade da pessoa humana: conceito

A dignidade da pessoa humana, por ser fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro é, como diz Cármen Lúcia Antunes Rocha: “(...) princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro e fevereiro, 2009, 2010, p. 19. Disponível na Interet:[HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf) acesso em: 10 de outubro de 2011.

Constituição”³⁹. Afirmar essa jurista, quando trata da posituação da dignidade da pessoa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira que:

Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro quer significar, pois, que ele existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir os seus fins; que o seu fim é o homem, e é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado⁴⁰.

Destaque-se que é na dignidade da pessoa humana que se alicerçam, em grande medida, os direitos fundamentais. Sob essa ótica, cabe perquirir a relação entre dignidade da pessoa humana e direito fundamental à moradia.

Por esclarecedor, cita-se o conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos⁴¹.

Desse conceito, infere-se que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana implica assegurar ao ser humano um complexo de direitos e deveres fundamentais dentre os quais está a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, como também a fixação de barreiras contra tratamento degradante e desumano.

³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida Digna. Direito, Ética e Ciência*. In: _____(org). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 38.

⁴⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida Digna. Direito, Ética e Ciência*. In: _____(org). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 39.

⁴¹ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 62.

A par dessas considerações conclui-se que a moradia deva ser entendida como uma das condições existenciais mínimas. Por sua vez, essas condições apontam para o atendimento de um nível adequado das necessidades básicas (saúde e autonomia). É no preenchimento desse mínimo existencial que, em certa medida, evitam-se tratamentos degradantes e desumanos.

Portanto, para que se possa falar em moradia digna, é importante que se constate a presença fática de meios físicos adequados.

Gize-se, ainda, que por ser um direito fundamental do homem, pode-se conferir à moradia o caráter de bem irrenunciável, conforme Sérgio Iglesias Nunes Souza:

A *moradia* consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independente de objetivo físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontra o indivíduo⁴².

Conceber o direito à moradia como direito fundamental do homem e como bem extrapatrimonial, como o fez Sérgio Iglesias Nunes Souza, implica conferir-lhe as seguintes características: (1) inalienabilidade; (2) imprescritibilidade; (3) irrenunciabilidade; (4) inviolabilidade; (5) universalidade; (6) interdependência e (7) complementariedade.

(1) Inalienabilidade: o direito à moradia “não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertence à personalidade do indivíduo, e é nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano e daí surge a sua inalienabilidade”⁴³. Essa afirmação implica distinção entre habitação (objeto) e direito à moradia. Habitação indica o local em que se exerce o direito de moradia, sendo, pois, caracterizada como uma relação puramente de fato. Nesse sentido é o escólio de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

⁴² SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

⁴³ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116

Já a noção de habitação tem como prisma uma relação puramente de fato, sendo o local em que a pessoa permanece, acidentalmente.

(...)

Na habitação, o elemento volitivo da pessoa ao pretender habitar determinado local configura-se como temporário, embora a locução *habitatio*, de *habitare*, tenha o significado de residir, morar, trazer habitualmente, que, em sentido geral, quer exprimir o local em que se mora ou se reside, ou em que, habitualmente – disposição duradoura adquire pela repetição frequente de uma ato, uso ou costume –, se encontra a pessoa, significando, praticamente, a morada, a casa a vivenda em que alguém habita⁴⁴.

Decorre do exposto que ninguém tem a faculdade de transferir o seu direito de morar; situação diferente ocorre com a habitação – local em que se exerce o direito de morar.

(2) Imprescritibilidade: essa característica diz que pelo fato de a moradia ser reconhecida como direito fundamental do homem é insuscetível de prescrição, disso, nunca deixa de ser exigível. Assim, manifesta-se de José Afonso da Silva:

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individuais, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição⁴⁵.

(3) Irrenunciabilidade: no mesmo sentido da imprescritibilidade, o reconhecimento da moradia como direito fundamental inerente ao homem implica dizer que um ser humano (compreendido como ser provido de dignidade) não pode renunciar ao seu direito de morar. Disso, um Estado que reconheça o direito de morar como direito fundamental do homem também reconhece um dever de garantir tal direito em níveis mínimos e adequados a uma vida digna.

(4) Inviolabilidade: normas de direitos fundamentais, como se verá no tópico 3.2.3, são caracterizadas como norma-princípio; como tais devem ser realizadas sempre na maior medida do possível em uma dada situação fática. Uma norma de direito fundamental somente pode ser restringida, ou seja, somente pode ter o seu

⁴⁴ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42- 43.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

conteúdo limitado por exigências da realidade; nunca pode ser violada, no sentido de negar-lhe vigência. Porque o direito à moradia é estatuído, em nossa constituição, por meio de uma norma-princípio, assim como as demais normas de direito fundamental, está sujeita a restrições, mas nunca à violação. Esclarecedoras as palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

O direito à moradia detém outra característica dos direitos fundamentais: a ilicitude de sua violação. Há a violação do direito à moradia sempre que for implantado um sistema infraconstitucional ou qualquer ato advindo de autoridade pública que importe em lesão a esse direito, e redução, desproteção ou atos que inviabilizem o seu exercício, porque o direito à moradia goza de proteção fundamental, tratando-se de um dever inerente ao Estado (por intermédio dos três poderes) de respeitar, proteger, ampliar e facilitar esse direito fundamental. Dessa forma, toda e qualquer legislação infraconstitucional que suprima, dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia por um indivíduo – tem-se a sua violação, ainda que por norma validamente constituída e promulgada – é tida como violadora do direito à moradia⁴⁶.

(5) Universalidade: como qualquer direito fundamental do homem, o direito à moradia é de reconhecimento universal – no sentido de que ninguém, por meio de uma fundamentação racional, consegue negar sua validade, seja em relação a si, seja em relação a outra pessoa – todos o aceitam como um direito. Essa característica implica dizer que todos estão sob o seu âmbito de eficácia, independente de qualquer requisito, tais como sexo, crença e nacionalidade.

(6) Interdependência: a condição de interdependência do direito à moradia se dá pela intrínseca relação com os demais direitos fundamentais. Como exemplo disso, pode-se dizer que não há como falar em moradia digna sem fazer referência à vida digna, à integridade física, à educação etc.

(7) Complementariedade: essa característica decorre da própria interdependência dos direitos fundamentais.

A definição de direito à moradia proposta por Sérgio Iglesias Nunes Souza – direito fundamental de caráter extrapatrimonial – implica aceitar que o direito à moradia “não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo”⁴⁷. Para concluir dessa forma, o autor parte da seguinte

⁴⁶ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

⁴⁷ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

premissa – “Não importa o momento histórico ao qual se refira, a questão habitacional é um problema do indivíduo e da sociedade, que está relacionado ao exercício de outro direito: o direito à vida”⁴⁸. – para dizer que o direito à moradia, reconhecido universalmente como direito fundamental do homem, é um direito da personalidade do indivíduo.

Entende-se que essa seja a forma mais coerente de dar eficácia ao direito à moradia à luz da dignidade da pessoa humana. Contudo, registre-se que há outro conceito, que não chega a conferir à moradia *status* de direito da personalidade, como também não faz distinção entre o direito à moradia e a habitação:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo *morar*, do latim “morari”, que significa *demorar, ficar*. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia⁴⁹.

Por conseguinte, é na dignidade da pessoa humana que repousa o fundamento primeiro do direito à moradia. Como tal, e na medida em que o direito à moradia é reconhecido universalmente (tratados e convenções internacionais) como direito fundamental do homem, bem como em qualquer momento histórico a habitação sempre foi uma contingência relacionada ao direito à vida, infere-se que o direito à moradia é, ou ao menos deve ser tratado como, direito inerente à personalidade do indivíduo.

2.3.2.1.2 Direito à moradia e os objetivos fundamentais

⁴⁸ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314.

“O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestão no universo político do Ocidente”⁵⁰.

O Estado constitucional assumiu, durante o século XX, segundo Jorge Miranda, três tipos: estado social de direito, estado soviético e estado fascista, sendo que o primeiro “pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”⁵¹.

O Estado Social brasileiro é exemplo desse primeiro tipo descrito por Jorge Miranda. Essa compreensão fica clara a partir dos princípios fundamentais adotados pela Constituição Brasileira e, em maior medida, pelos objetivos traçados em seu artigo 3º: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com maestria, Fábio Konder Comparato, na 5ª Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal, descreve a importância dos objetivos fundamentais positivados no artigo 3º da Constituição Brasileira, dentre os quais, destaca a erradicação da pobreza e das desigualdades sócio-econômicas. Assevera que o objetivo traçado não é simples disposição facultativa; é mais que isso, é norma cogente:

(...) a Constituição de 1988 criou – ou tentou criar - no Brasil um estado social. Estado social é aquele que se rege por princípios finalísticos ou teleológicos. Não se trata, para o Estado, simplesmente de promulgar leis e deixar que cada membro da sociedade civil escolha o destino de suas vidas. Trata-se de dar um rumo ao país. E esse rumo é indicado, sobretudo, pelo disposto no artigo 3º da Constituição:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....

.....

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie..."

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.11.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 95.

Trata-se de normas cogentes e não simplesmente de disposições facultativas.

O inciso III mostra que o objetivo final é a eliminação das desigualdades sócio-econômicas. E aponta esse dispositivo, em especial, para a erradicação da pobreza e da marginalização social.⁵²

Oportuno observar que há uma relação intrínseca entre Estado Social e direitos fundamentais, na medida em que aquele, além de empregar meios para promover um equilíbrio na redistribuição dos bens, institui um regime de garantias concretas em prol da paz e da justiça social de forma a dar maior efetividade a estes. Isso fica claro nas palavras de Paulo Bonavides:

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, o instituiu o mesmo passo um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada principalmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquele peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade⁵³.

Possível, com certa segurança, dizer que o direito à moradia, está intimamente ligado ao Estado Social. Corolário disso é que os objetivos fundamentais dispostos na Constituição Brasileira são imprescindíveis para a realização do direito à moradia, sobretudo, no que se refere à erradicação da pobreza e à eliminação das desigualdades sociais.

2.3.2.1.3 Direito à moradia e os direitos da personalidade

Nesta parte do trabalho, analisar-se-á o direito à moradia em cotejo com os direitos da personalidade, estatuídos como fundamentais no artigo 5º da Constituição do Brasil. Para tanto, tomar-se-á emprestada a relação entre direito à

⁵² COMPARATO, Fábio, Konder. Excerto do discurso: 5ª Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal. Disponível na Interet: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf acesso em: 01 de outubro de 2011.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Ed. 6ª. São Paulo: Malheiros, 1996, p.11.

moradia (entendido como direito da personalidade) e demais direitos da personalidade proposta por Sérgio Iglesias Nunes Souza⁵⁴.

Direitos da personalidade são compreendidos, por relevante parte da doutrina, como direitos “subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁵⁵.

Francisco Amaral salienta que o alicerce dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa ele que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins outros⁵⁶.

Como visto, os direitos da personalidade podem ser classificados em direito: (1) à integridade física, (2) à integridade moral, (3) à integridade intelectual.

O direito à integridade intelectual “é o que tem por objetivo a liberdade de pensamento e o direito autoral de personalidade, isto é, o poder que o autor tem de ligar seu nome à obra que produziu”⁵⁷. Encontra-se protegido constitucionalmente no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Brasileira. Por ser direito da personalidade que envolve a proteção de um bem produzido pelo ser humano por meio de seu intelecto, não será objeto do presente estudo.

(1) Direito da personalidade referente à integridade física: compreende a proteção do direito à vida que, por corolário, se deriva a proteção à integridade física. Conforme destaca José Afonso da Silva, “De nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”⁵⁸.

O direito à vida revela-se no direito à existência, que nas palavras do mesmo autor assim pode ser entendido:

⁵⁴ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 191-231.

⁵⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 6ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 247.

⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 6ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 251.

⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 6ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 270.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 198.

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o momento espontâneo ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação própria⁵⁹.

O direito de viver – que é pressuposto lógico para os demais direitos fundamentais, na medida em que não há como um ser humano ter estes sem que exista – precisa ser qualificado pelo atributo da dignidade da pessoa humana, no sentido de caracterizar-se como uma existência digna. Cármen Lúcia Antunes Rocha, a esse respeito, traz, com a sensibilidade jurídica que demanda a questão, importe lição:

O direito à existência digna abrange o direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais e vocação, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, de fazer opção na vida que melhor assegurem à pessoa a sua realização plena. O direito de viver é também o direito de ser: ser o que melhor pareça à pessoa a sua escolha na vida, quer façam as opções a própria pessoa ou quem a represente (pais, responsáveis, etc)⁶⁰.

É nesse contexto que a moradia guarda íntima relação como o direito à vida digna, porque não há como afirmar que uma pessoa vive com dignidade se ela sequer exerce o seu direito à moradia, ou se o faz, exerce-o em uma habitação desprovida de serviços essenciais.

Nesse sentido, poder-se-á afirmar que o direito da personalidade referente à integridade física, pelo seu viés do direito à vida digna, poderá ser violado se uma pessoa exerça o seu direito à moradia sem o preenchimento de um mínimo existencial consentâneo com a dignidade humana.

Por outro lado, insta salientar o posicionamento adotado por Sérgio Iglesias Nunes de Souza, para quem a relação entre direito à vida e direito à moradia está na

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 198

⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida Digna. Direito, Ética e Ciência*. In: _____(org). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 38.

concepção de entender este como um direito da personalidade e, como tal, bastaria o nascimento com vida para que uma pessoa tenha reconhecido o direito à moradia:

Pensamos que tal direito para existir não depende da existência de um contrato ou da criação do direito em decorrência da lei. Quanto ao direito real de habitação, por exemplo, necessita-se da existência da celebração de um contrato entre as partes, como um contrato de financiamento de imóvel, para que se exerça o direito de ali permanecer, ou necessita-se, também, de circunstâncias fáticas que possibilitem a sua existência, como a hipótese do art. 1.414 do CC. Já o direito à moradia surge com o nascimento da pessoa humana, sob a condição de o nascimento ser com vida, permanecendo integrado a pessoas até a sua morte⁶¹.

Assim, o direito à moradia é interdependente do direito à vida digna, que se revela, dentre outras facetas, no direito à integridade física. Moradia digna é suporte para se falar em integridade física no âmbito da família, no espaço do habitar em família, pois uma casa (local do exercício do direito à moradia) se não suprida de serviços essenciais, e se não protegida de turbação e de esbulho arbitrários, pode ser meio sujeito até a violação da integridade corporal dos entes que nela vivam.

(2) Direitos da personalidade referentes à integridade moral do homem no que se refere à moradia: neste ponto há basicamente duas formas de manifestação do direito da personalidade referente ao lar, à moradia, quais sejam direito à intimidade e direito ao sossego.

A Constituição Brasileira no artigo 5º, inciso X, conferiu à intimidade garantia fundamental de ser inviolável. Intimidade é, segundo René Ariel Dotti, citado por José Afonso da Silva, “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder de evitar os demais”⁶². A relação entre o direito à moradia e a intimidade reside em ser a habitação o maior espaço de liberdade do ser humano. As palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza são precisas:

Assim, sob o aspecto moral, o direito de intimidade guarda relação com o direito à moradia. Nota-se que não se trata de direitos idênticos, pois a violação da intimidade é violação do indivíduo, e a intimidade não está relacionada ao local em que este vive. Mas a violação moral da intimidade do indivíduo, adentrado na sua vida pessoal, na sua vida familiar e no ambiente onde ele vive, enfim, nas

⁶¹ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 194.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207

intimidades que se dão no exercício do direito de morar, transfigura-se na violação do direito de morar com a proteção da intimidade. Não se pode justificar a sua violação, *verbi gratia*, ao colocar uma escuta telefônica ou uma escuta de ambiente na residência de um indivíduo sem a autorização deste ou uma autorização judicial. O fato enseja a violação não só ao direito de intimidade de cada indivíduo em particular que convive naquela residência, como também a violação moral do direito à moradia, pois há uma invasão psíquica daqueles que em sua residência resguardam tranquilidade e segredos, sobretudo, porque os depositam em um local confidencial e seguro onde está sendo efetivamente exercido o direito à moradia⁶³.

Vem ao encontro do exposto ser a casa, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Brasileira, *asilo inviolável do indivíduo*. O conjunto direito fundamental à moradia, inviolabilidade do lar e inviolabilidade da intimidade implica ser a casa o maior espaço das liberdades decorrentes da relação familiar. Nesse contexto importa recorrer-se, novamente, a José Afonso da Silva:

A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto) as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual)⁶⁴.

O Direito ao sossego, conquanto não expresso na Constituição Brasileira, decorre do direito à vida digna, bem como do direito à moradia digna. Ele se materializa nas relações de vizinhança e se encontra expresso no artigo 1.227 do Código Civil. “Desse modo, do que se trata, nesse âmbito peculiar das relações entre vizinhos, é de um silêncio que expressa sentido especial, na ausência de perturbação ou incômodo”⁶⁵.

Conclui-se que o direito fundamental do homem à moradia guarda íntima relação com os direitos da personalidade, sobretudo no que diz respeito à integridade da vida e à intimidade, pois uma habitação desprovida de serviços essenciais básicos e de proteção jurídica contra invasões arbitrárias pode ser violadora das posições jusfundamentais do homem.

⁶³ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Parte Especial: Direito das Coisas*, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). In: AZEVEDO, Junqueira (org). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 53.

2.3.2.1.4 Direito à moradia e o direito de propriedade

O Direito de propriedade, concebido em sua gênese como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, caracterizando-se por um direito absoluto, natural e imprescindível, como o fez a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – “a declaração do caráter sagrado da propriedade, contida no art. 17, é um evidente anacronismo”⁶⁶ –, cedeu lugar a uma nova concepção. Nesse sentido, cita-se, por todos, José Afonso da Silva:

Essa evolução implicou também a superação da concepção da propriedade como direito natural, pois, “não se há de confundir o direito de propriedade sobre um bem, que é sempre atual, isto é, só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, com a faculdade que tem todo indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial”, “não sendo a propriedade senão um *direito atual*, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor de bens, fixada na lei”. É o que, aliás, decorre do nosso direito positivo, ao estatuir que a lei assegure ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (CC, art. 1.228). É, assim, o direito positivo, a lei ordinária mesma, que fixa o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição⁶⁷.

Essa passagem da concepção de que a propriedade é um direito natural para a ideia de que ela é um direito atual, no sentido de só existir quando atribuído positivamente a uma pessoa, com a aceitação de que todo indivíduo tem potencial para ser proprietário, é fundamental para se entender o princípio da função social da propriedade. Isso porque se abandona a concepção de relação entre pessoa e coisa (qualificada por ser natural) em favor de uma noção de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.

Decorre disso que se há algo de absoluto e sagrado na propriedade, não o é o proclamado pela Revolução Francesa, mas sim o que ensina, com acerto, o professor Domingos Sávio Dresch da Silveira: “o absoluto da propriedade é a sua função social, que constitui, em síntese, o seu perfil constitucional”⁶⁸.

⁶⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 148.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.70.

⁶⁸ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *A propriedade Agrária e suas Funções Sociais*. In. -----; XAVIER, F.S (Org.) *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 1998. p. 13.

O direito de propriedade é, por assim dizer, fenômeno relacionado ao mundo dos pensamentos, é atribuição jurídica da qualidade de proprietário. Isso implica que titularidade jurídica (plano do jurídico) é independente do uso que se dá ao bem (plano do fático). Por conseguinte, no uso que se dá ao bem é que se verá se ele está cumprindo a sua função estabelecida como social.

Esclarecedoras são as palavras de Teori Albino Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não a sua titularidade, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direitos – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor atendida no plural, “função social das propriedades”), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse⁶⁹.

O princípio da função social da propriedade encontra abrigo expresso no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Brasileira – “A propriedade atenderá a sua função social”. Essa afirmação “bastava para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional”⁷⁰; mas, a Constituição Brasileira foi além, reafirmando a função social da propriedade privada como princípio da ordem econômica no artigo 170, incisos II e III, e, sobretudo, colocando-a como conteúdo definitivo da propriedade urbana e da propriedade rural nos artigos 182, 184 e 186:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
(...)

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil*. In: Martins-Costa, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, RT, 2002, p. 844.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. Ed. 6ª. São Paulo: Malheiros. 2010, p.73.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A par da premissa de que o princípio da função social da propriedade se manifesta por meio de atos concretos determinados em razão da posse e que tal princípio serve de conteúdo da propriedade urbana e da propriedade rural, é possível inferir que o direito à moradia expressa a função social da propriedade.

Como se verá na segunda parte deste trabalho, princípios são mandamentos de otimização que determinam que um direito seja concretizado na maior medida possível.

Como são normas não aplicáveis por subsunção, haverá situações em que os princípios entrarão em colisão. Isso pode ocorrer com a propriedade e com a posse, nas situações em que proprietário e possuidor de um bem sejam distintos. Disso poderá resultar a necessidade, em situação concreta, de que se determine qual o direito que deva prevalecer. A solução para o impasse aponta para a aplicação do princípio da proporcionalidade. É dizer: necessário se faz determinar qual o princípio preponderante no caso, mediante análise das circunstâncias fáticas e jurídicas. No plano fático se analisa a adequação do meio a ser empregado para a realização do princípio considerado, bem como a necessidade desse meio em comparação com outros; no plano jurídico se pondera a realização dos princípios em jogo.

No caso da pequena propriedade urbana (até duzentos e cinquenta metros quadrados) e da pequena propriedade rural (não superior a cinquenta hectares), pode-se dizer que o legislador fez cotejo da proporcionalidade entre posse e

propriedade, considerando a função social da propriedade à luz do direito à moradia, de forma a dar prevalência àquela em detrimento desta. Mais uma vez lança-se mão das lições aplicadas à matéria por Teori Albino Zavascki:

(...) a Constituição estabeleceu duas hipóteses específicas de tutela do possuidor em face do proprietário, viabilizando, por meio dela, aquisição do direito de propriedade. São formas especiais de usucapião. Num primeiro caso, a posse é tutelada para valorizar a função social representada pelo trabalhador rural e pela moradia do pequeno agricultor. É a usucapião pro-labore prevista no art. 191.

(...) Com semelhante finalidade, agora para fazer preponderar, contra o direito de propriedade, o princípio da função social representado pela posse do bem utilizado como moradia de pessoa carente, é a espécie de usucapião de que trata o art. 183⁷¹.

Os artigos 183 e 191 da Constituição Brasileira deixam claro a medida de proporcionalidade em favor da posse e da moradia, em detrimento da propriedade na denominada usucapião especial:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Depreende-se do exposto que o direito fundamental do homem à moradia pode ser expresso pela função social da propriedade, na medida em que esta é manifestação da forma de utilização do bem. Isso é tão verdade que o legislador constitucional, sob o fundamento do direito à moradia constitui forma de aquisição originária da propriedade em detrimento do direito à propriedade de um titular que não utiliza o bem imóvel de forma a dar-lhe uma função social; leitura que se faz dos artigos constitucionais 5º, XXIII, 183 e 191.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil*. In: Martins-Costa, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, RT, 2002, p. 848-849.

2.3.2.2 Plano Infraconstitucional

Neste tópico, o direito fundamental do homem à moradia será trabalhado em cotejo com a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, o contrato de locação, a impenhorabilidade do bem de família, algumas implicações com o Código Civil e, por fim, o Estatuto da Cidade.

2.3.2.2.1 Moradia e Lei do parcelamento do solo urbano

O processo de urbanização trouxe consigo a concentração populacional nas cidades; com isso houve a necessidade de regulamentar a ocupação no espaço urbano. A primeira normatização desse processo se deu pelo Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e surgiu pela necessidade fática de garantir ao comprador a aquisição da propriedade decorrente, em grande medida, do crescente desenvolvimento do loteamento de terrenos. Nesse sentido, transcrevem-se as razões determinantes da feitura do Decreto-Lei em comento:

Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações;
Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda;
Considerando que êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras ;
Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos;
Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores⁷².

⁷²BRASIL. Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937.

Esse decreto-lei foi substituído pela Lei Federal nº 6.766, de dezembro de 1979, que dispõe sobre as formas de parcelamento do solo urbano, quais sejam loteamento e desmembramento.

Conforme a referida lei, ambas as formas – loteamento e desmembramento – são subdivisões de glebas, sendo que naquela há abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação de vias existentes, enquanto que nesta há o aproveitamento das vias existentes. A Lei Federal nº 6.766/1979, no artigo 2º, parágrafo 4º, vincula a concepção de lote de terra, originário do parcelamento do solo, aos serviços de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor municipal para a zona em que se situa.

No parágrafo 5º do mesmo artigo, fica determinado o que deve ser entendido por infraestrutura básica: equipamento urbano de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica e domiciliar e vias de circulação.

Conclui-se que os dispositivos comentados estão em perfeita harmonia com a ideia já trabalhada no 2.3.1 desta monografia, de que moradia digna está vinculada ao preenchimento de serviços básicos indispensáveis para a realização de um mínimo existencial imprescindível para o ser humano dotado de dignidade.

2.3.2.2.2 Moradia e contrato de locação

Como visto, a moradia é direito fundamental do homem, cujo exercício depende de uma habitação provida de serviços essenciais, para que se possa falar em moradia digna. Nessa perspectiva, encontra-se o contrato de locação, o qual permite que o direito de moradia seja tratado no âmbito contratual por meio do direito de habitação. As palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza bem esclarecem o exposto:

Essa possibilidade de ser tratado o direito à moradia no contrato se dá tão-somente por meio do direito de habitação, que pode ser na forma gratuita ou onerosa. Na verdade, o que será convencionado entre as partes no contrato será a habitação, mas sempre sob o

enfoque da moradia, erigido a status de direito fundamental e social, norma de ordem público e de natureza cogente, de aplicação imediata, à luz do art. 6º da CF/1988⁷³.

Nesse contexto, a locação de imóveis tem sido uma forma eficaz e comum de acesso à habitação de pessoas sem condição de adquirir a casa própria.

Essa forma contratual é regulamentada pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei sobre as locações dos imóveis urbanos). Importa destacar que, por ser uma norma infraconstitucional, está vinculada às normas constitucionais, sobretudo, no que se refere à norma-princípio do direito fundamental à moradia. Disso decorre que entre os objetivos essenciais de tal legislação está o de assegurar a realização do direito fundamental à moradia e não necessariamente o direito à propriedade.

Assim, muito embora o direito à moradia tenha sido assegurado como direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 26 editada no ano de 2000 e a lei sobre as locações de imóveis urbanos seja de 1991, dez anos antes, portanto constata-se que a legislação infraconstitucional está de acordo com o direito fundamental estatuído por aquela emenda.

Na linha do exposto, podem-se destacar algumas disposições dessa lei. No artigo 4º fica estabelecido, em clara manifestação do direito à moradia, que durante a locação o locador não poderá reaver o imóvel.

Nos artigos 10 e 11, mais uma vez fica patente a proteção do direito à moradia. Isso porque, na hipótese do artigo 10, caso o locador venha a falecer, a locação é transmitida para os herdeiros, mantendo-se o locatário na posse do imóvel. No caso de o locatário vir a falecer (hipótese do artigo 11), ficam subrogados nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de locação o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel.

No que se refere ao aluguel propriamente dito (valor da locação), salienta-se que embora o artigo 17 da referida lei estabeleça ser livre a fixação do aluguel, o parágrafo único desse artigo restringe tal liberdade ao determinar que: “Nas locações residenciais serão observadas os critérios de reajustes previstos na legislação específica”.

⁷³ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 257.

Essa hipótese restritiva à liberdade de contratar está em consonância com o direito à moradia, pois, como explica Eliane Maria Barreiros Aina:

O aluguel é fator importantíssimo na relação de locação, pois se constitui em contraprestação pelo uso do imóvel. A sua fixação acima das possibilidades de pagamento por parte do locatário significará por certo o fim da relação locatícia. Apesar de o artigo 17 estabelecer que é livre a fixação do aluguel, existe forte intervenção estatal nesta seara, pois somente é permitido o reajuste anual e conforme os índices governamentais, havendo apenas liberdade de escolha do referido índice. Apenas se a locação for por temporada ou não houver qualquer forma de garantia, poderá ser exigido o seu pagamento antecipado, bem como na sublocação, o valor desta não poderá ultrapassar o da locação⁷⁴.

Por fim, destacam-se mais duas normas cujos objetivos dizem respeito à proteção do direito à moradia, quais sejam as presentes nos artigos 27 e 62, inciso II, da Lei de Locações. A primeira determina a preferência do locatário na aquisição do imóvel locado, caso o proprietário decida vendê-lo. Interessante notar que o locatário preterido em seu direito de preferência tem, pela redação do artigo 33, o direito de reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Quanto à regra do artigo 62, inciso II, essa permite ao locatário, no caso de ação de despejo movido pelo locador, que pague a dívida locatícia e permaneça no imóvel.

Conclui-se que o contrato de locação é meio para o exercício do direito fundamental à moradia e, como tal, as normas que o regulamentam têm de estar vinculadas a tal direito fundamental. Por corolário, infere-se que há regras locatícias que deixam nítida uma interpretação do legislador infraconstitucional, na hora da feitura da lei, em prol do direito à moradia, dentre elas pode-se citar as estatuídas nos artigos 4º, 10, 11, 17, 27 e 62, inciso II, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

⁷⁴ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O direito à Moradia nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.153.

2.3.2.2.3 Moradia e a impenhorabilidade do bem de família

Há, inegavelmente, uma conexão teleológica entre o bem de família e o direito à moradia, na medida em que aquele protege o imóvel que serve de residência do devedor.

No direito brasileiro o bem de família (gênero) se divide em (espécies) bem de família convencional e bem de família legal.

O primeiro depende de um ato de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, por isso convencional. É constituído por meio de escritura pública que deve ser transcrita junto à matrícula do imóvel; encontra-se disciplinado nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil.

O bem de família legal é disciplinado pela Lei 8.009/90 que em seu artigo 1º, *caput* e parágrafo único, assim dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A Lei 8.009/90 que torna impenhorável o bem de família, em seu artigo 3º, estabelece exceções, permitindo que o único imóvel que sirva de residência familiar seja penhorado. As exceções presentes em tal artigo são as seguintes:

- I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
- II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
- III -- pelo credor de pensão alimentícia;
- IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

No caso das exceções dos incisos I, II e III, vê-se nítida preferência atribuída pelo legislador a uma dada posição jusfundamental, quando esta se choca com outra igualmente jusfundamental (direito à moradia).

Hipótese do inciso I: tanto os créditos de trabalhadores, quanto as contribuições previdenciárias guardam relação direta com o direito à vida e à saúde, porque visam à garantia dos meios materiais de sobrevivência de pessoas vinculadas à residência a ser penhorada em um determinado caso fático. Se assim o é, a restrição conferida pelo legislador infraconstitucional ao direito à moradia encontra amparo constitucional.

Hipótese do inciso II: aqui, a opção do legislador pode ser vista como forma de proteger o sistema de financiamento da casa própria, ou seja, na possibilidade de pôr em risco tal sistema, por inadimplemento, optou-se por restringir o direito à moradia do devedor para que muitas outras pessoas tenham assegurado igual direito. Ao fim e ao cabo, garantiu-se o direito à moradia de um conjunto indeterminado de pessoas em detrimento de um devedor determinado. Mais uma vez, a opção adotada está de acordo com a realização de direitos fundamentais sociais, sobretudo, a moradia.

Hipótese do inciso III: neste caso, por uma questão, também de colisão de direitos fundamentais, o legislador privilegiou o direito de alimentação (direito fundamental social intrínseco ao direito à vida), restringindo o direito à moradia do devedor.

Nos casos dos incisos IV, V, VI, VII, nebulosa parece ser a restrição do direito fundamental à moradia, sobretudo no que diz respeito à hipótese deste último. Na hipótese do Inciso VII o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 407.688, de São Paulo decidiu, por maioria de votos, que a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação não afronta o direito à moradia. O voto condutor do julgado, de relatoria do Ministro Cezar Peluso⁷⁵ partiu da premissa de

⁷⁵ Excerto do voto condutor: (...) Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar nos termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma

que a penhorabilidade do bem de família do fiador é meio hábil de fomentar o direito à moradia como um todo, para concluir pela constitucionalidade da hipótese de exceção de impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, artigo 3º, inciso VII.

Portanto, a impenhorabilidade do bem de família é instituto que vem ao encontro do direito fundamental do homem à moradia, sua hipótese convencional está nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil e sua hipótese legal está na Lei 8.009/90.

2.3.2.2.4 Moradia e o Código Civil

Neste tópico, serão analisadas as principais implicações entre o direito à moradia, a propriedade e o direito real de habitação.

2.3.2.2.4.1 Moradia, propriedade, posse e função social

“A propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto”⁷⁶.

O exercício dessas faculdades inerentes juridicamente à propriedade está delimitado pela função social do imóvel. Nesse sentido, embora sejam faculdades, impõe-se salientar que o não exercício delas pode ser considerado como não preenchimento da função social da propriedade. Como se viu no item 1.3.2.1.4, tal função só é preenchida pelo uso da propriedade, situação que confere à posse elemento determinante no que diz respeito à sua função social. A professora Maria Helena Diniz assevera que a função social da propriedade está relacionada não só

classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor aspecto (da dos fiadores proprietários de um imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). 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. RE 407688/SP, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/06/2006.

⁷⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 199, p. 97

com a produtividade do bem, mas também como forma de justiça social, sendo imprescindível para que se tenha um mínimo de condições para convivência social, nestes termos:

A função social da propriedade é imprescindível para que se tenha um mínimo de condições para convivência social. A Constituição Federal, no art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, mas requer, como vimos, que ele seja exercido atendendo a sua função social. Com isso, a função social da propriedade a vincula não só à produtividade do bem, como também aos reclamos da justiça social, visto que deve ser exercido em prol da coletividade. Fácil é perceber que os bens, que constituem objeto do direito de propriedade, devem ter uma utilização voltada à sua destinação socioeconômica. O princípio da função social da propriedade está atrelado, portanto, ao exercício e noção ao direito de propriedade. Em consonância com o comando constitucional, o Código Civil, no art. 1.228, §§ 1º a 5º, afasta o individualismo, coibindo o uso abusivo do bem comum. Condicionada está a convivência privada ao interesse coletivo, visto que a propriedade passa a ter função social, não mais girando em torno dos interesses individuais de seu titular⁷⁷.

Digna de nota é a noção de propriedade exposta por Caio Mário da Silva Pereira:

(...) a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informadores da civilização romano-cristã. A idéia de “meu” e “teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos “sentem” o fenômeno propriedade⁷⁸.

Acrescente-se a essa noção fática de propriedade que todos a sentem, em maior medida, pela sua posse, sendo que, servindo esta de habitação é sentida, ainda, com maior razão. Isso talvez explique o fato de que o maior sonho do povo brasileiro seja a aquisição da moradia própria.

A par disso sublinha-se que a posse é essencial para a realização do direito à moradia das populações que não têm poder aquisitivo para a realização do direito de propriedade. Em conformidade com essa essencialidade, o Código Civil de 2002, em

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. Volume IV. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.65-66.

alguns casos, condicionou a aquisição da propriedade ao exercício do direito fundamental à moradia. Isso fica claro nas regras estatuídas nos artigos seguintes: (a) 1.228, parágrafo 4º e 5º; (b) 1.238, parágrafo único; (c) 1.240; d) 1.242.

No artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º⁷⁹, tem-se a limitação máxima do caráter absoluto da propriedade, revelada pela sua perda em nome de um número considerável de pessoas que a ocupem de forma ininterrupta e nela realizem obras ou serviços consideráveis de interesse social relevante. Nesse caso, em consonância com a realização de direitos fundamentais, a construção de habitações para o exercício da moradia é considerada obra de relevante valor social.

Essa previsão, embora recente, encontra obstáculo normativo no Estatuto da Cidade, que por prever usucapião coletiva para casos fáticos, pertinente ao direito à moradia, situações em que as duas normas incidiriam, acaba por ser de melhor aplicabilidade jurídica, afastando tal norma. Contribui para essa falta de efetividade o caráter conceitual incompreensível dessa medida, porque não é nem usucapião, pois necessita de indenização, e também não é desapropriação, porque não há exercício de relação administrativa.

No artigo 1.238, parágrafo único, a prescrição aquisitiva, independente de título e boa-fé, é reduzida de 15 anos para 10 anos, no caso de o possuidor haver estabelecido no imóvel a sua moradia.

Na mesma linha de proteção ao direito à moradia é a disposição do artigo 1.239, o qual confere prazo de 5 anos para prescrição aquisitiva para o possuidor adquirir a propriedade de área de terra rural não superior a cinquenta hectares, na qual estabeleça a sua residência.

O artigo 1.240 determina, em prol do direito à moradia, que aquele que possuir área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, durante cinco anos ininterruptos para moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

⁷⁹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Por fim, no parágrafo único do artigo 1.242, o prazo da prescrição aquisitiva quando a pessoa tem justo título e boa-fé, é reduzido de dez anos para cinco anos, no caso de o imóvel ser usado para o exercício da moradia.

Em suma, conquanto a propriedade também seja um direito fundamental, a constituição subordinou-a a uma função social, cuja expressão se dá por meio da utilização do imóvel considerado. Essa situação implica que o cumprimento da função social da propriedade pode se dar pelo exercício do direito à moradia. Em consonância com tal postulado, foram reduzidos os prazos de prescrição aquisitiva nas hipóteses em que a propriedade é utilizada para moradia.

2.3.2.2.4.2 Moradia e o direito real de habitação

“O direito real de habitação é o uso gratuito de casa de morada”⁸⁰. Essa é a concepção tradicional do termo direito de habitação. Contudo, para fins de compreensão do direito à moradia, considerando a diferença entre este e habitação (objeto do exercício do direito de morar), é possível dizer que o direito de habitação guarda uma forma gratuita presentes nos artigos 1.414 a 1.416 do Código Civil e outra forma onerosa, cujo exemplo paradigmático é a locação de imóvel.

Seja qual for a forma de habitação, ela sempre será informada pelo direito fundamental à moradia. Essa é a conclusão de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

O direito de habitação compreende direito exercido sobre o prisma do direito à moradia, seja exercido na forma gratuita ou onerosa. Sob uma análise de busca do direito de habitação, o seu exercício deve dar-se por meio do pálio do direito à moradia⁸¹.

O direito de habitação em sua forma gratuita é personalíssimo, pois destinado exclusivamente à habitação de uma pessoa determinada. Assim, o conteúdo do direito à habitação é o habitar. Nesse sentido vale citar os artigos 1.414 e 1.415 que regulamentam tal direito:

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 310.

⁸¹ SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 336.

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

A partir da leitura desses dispositivos, fica claro o caráter personalíssimo do direito real de habitação.

Nesse contexto, há de se referir que nas disposições concernentes ao regime sucessório no Código Civil, artigo 1.831, é assegurado ao cônjuge sobrevivente, não interessando o regime de bens e sem prejuízo de participação que lhe caiba na herança, usufruir do direito real de habitação do imóvel destinado a residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a ser inventariado.

Oportuno observar que tal direito, embora não previsto na legislação em favor do companheiro sobrevivente, tem sido concedido a este mediante construção jurisprudencial. São dois os argumentos utilizados: o primeiro diz que a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, artigo 7º, parágrafo único, a qual assegura o direito de habitação em favor do companheiro sobrevivente, não teria sido revogada, pelo Código Civil; o segundo argumento lança mão do direito fundamental à moradia para concluir ser o direito de habitação do cônjuge como o do companheiro sobrevivente direito que se sobrepõe ao direito de propriedade dos demais herdeiros. Por oportuno, cita-se, como exemplo, o julgado da Apelação Cível Nº 70039973078 de relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos membro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO A UMA DAS CONDÔMINAS. 1. O direito real de habitação, assegurado pela Lei Civil (CC, art. 1.831 e art. 7º da Lei 9278/96) oportunamente invocado pela ré em sua contestação, é causa impeditiva do direito da apelante, verdadeiro óbice legal à extinção do condomínio postulada na inicial. 2. O direito à moradia - alçado à categoria de direito social garantido constitucionalmente (art. 6º da CF) - consagra o instituto do direito real de habitação, tanto em favor dos cônjuges como dos companheiros, e se sobrepõe ao direito de propriedade da apelada. 3. Oportuna a correção da sentença apenas para suspender a condenação nas verbas sucumbenciais atribuídas à litigante beneficiária da AJG. Precedentes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70039973078, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011)⁸²

Dessa forma, seja na sua forma gratuita, seja na sua forma onerosa, conclui-se que o direito de habitação deve ser sempre informado pelo direito fundamental à moradia.

2.3.2.2.5 Moradia e o Estatuto da Cidade

A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabelece as diretrizes gerais da política urbana, a partir do previsto nos artigos 21, inciso XX, 182 e 183 da Constituição Brasileira. Esses dois últimos dispositivos constitucionais traçam como objetivo do poder público municipal o desenvolvimento das funções sociais das cidades, de modo a garantir o bem-estar de seus habitantes.

O artigo 2º do Estatuto da Cidade fixa o objetivo da política urbana – voltado para a função social da cidade – que, em linhas gerais, deixa-se resumir no inciso primeiro deste mesmo artigo, o qual determina como diretriz daquele objetivo: “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Cidade sustentável, em sua compreensão legal, é aquela que garante o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento básico, à infra-estrutura urbana, aos transportes e aos serviços públicos. Nesse conceito fica subentendido a organização e a promoção, por meio do Poder Público, de moradia digna aos seus habitantes. Por oportuno, vale destacar a interpretação do direito à moradia em cotejo com o direito a cidades sustentáveis, proposta por Nelson Saule Junior:

O direito à moradia dos habitantes da cidade é o núcleo central do direito a cidades sustentáveis. As atividades, ações e funções desempenhadas na cidade que tragam como resultado a violação coletiva do direito à moradia, como o abandono do Estado em atender as necessidades básicas das pessoas que vivem em

⁸² AC 70039973078, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011.

assentamentos informais nas distintas periferias urbanas traz como consequência a violação do direito a cidades sustentáveis.

O direito à moradia é o núcleo do direito a cidades sustentáveis em razão dos dois direitos a serem respeitados disporem dos mesmos elementos: como o acesso à terra urbana, moradia adequada, saneamento ambiental, infra-estrutura, transporte e serviços públicos⁸³.

Como forma de dar eficácia ao objetivo maior da cidade – sua função social que se deixa resumir por um direito a cidades sustentáveis – o Estatuto estabelece uma série de instrumentos de desenvolvimento urbano, os quais estão em conexão direta com a realização do direito à moradia, podendo-se destacar: (1) a expropriação de propriedades que não cumpram sua função social; (2) a usucapião especial de imóvel urbano. (3) a concessão de uso especial para fins de moradia.

2.3.2.2.5.1 Desapropriação-sanção e função social da cidade

Como visto, uma das formas de concretização da função social da propriedade se estabelece pelo exercício do direito à moradia. O Estatuto da Cidade vem conferir maior precisão à função social da propriedade por meio das funções sociais da cidade que poderão ser cumpridas pelo exercício do direito à moradia.

O Estatuto da Cidade, no que se convencionou chamar de desapropriação-sanção, estabelece a expropriação do imóvel que não cumpre a sua função social. Para tanto, prescreveu uma série de regras cujo desiderato é compelir o proprietário ao cumprimento da função social de seu imóvel. Somente após o insucesso das normas que visam a compelir proprietário no sentido da concretização da função social da propriedade é que a desapropriação-sanção se perfectibiliza.

A cadeia normativa é a seguinte: (1) determinação por meio de lei municipal de edificação ou utilização compulsória do solo urbano a serem cumpridas em prazo não inferior a um ano contado a partir da notificação (artigo 5º do Estatuto); (2) em caso de descumprimento dessa obrigação, o município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU – progressivo no

⁸³ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 242-243.

tempo, pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos (artigo 7º do Estatuto); (3) decorrido esse prazo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel, mediante títulos da dívida pública (artigo 8º do Estatuto).

Detalhe relevante: se a razão da desapropriação-sanção foi a não realização da função social, nada mais evidente que também o município, enquanto novo proprietário do imóvel desapropriado, esteja vinculado ao cumprimento de tal função. Decorre dessa premissa que após o imóvel ser incorporado ao domínio público a lei estabelece prazo máximo de 5 (cinco) anos para que o município dê finalidade coerente com as funções sociais da cidade (artigo 8º, parágrafo 4º do Estatuto da Cidade).

Portanto, a moradia está entre as diretrizes de cumprimento da função social da cidade. E, como tal, o direito à moradia é, em determinadas hipóteses, o próprio conteúdo da função social da cidade. Razão disso é que se o proprietário de um imóvel não cumprir as obrigações estatuídas em lei municipal decorrente da função social da cidade e se tais obrigações disserem respeito ao direito à moradia, a desapropriação-sanção será meio idôneo para realização de tal direito.

2.3.2.2.5.2 Moradia e usucapião especial de imóvel urbano

A Constituição Brasileira, no capítulo da política urbana, em seu artigo 183 e parágrafos, define meios jurídicos aptos a promoverem a regularização fundiária⁸⁴ de áreas ocupadas por famílias de baixa renda. Tal artigo tem como finalidade a promoção do direito à moradia nas cidades brasileiras, com foco na parcela da população em situação de fragilidade econômico-social.

Ocorre que as ocupações irregulares, tanto estão em áreas privadas, como em áreas públicas. Isso implica saber se imóveis públicos, assim como os privados, estão sujeitos ao direito à moradia. Entende-se que sim, pois, embora a Constituição

⁸⁴ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia: Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: FASE, 1997, p. 24: *Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.*

Brasileira, no parágrafo 3º do artigo 183, torne os bens públicos imóveis insuscetíveis de usucapião, no parágrafo 1º do mesmo artigo, tratou da figura da concessão de uso. Assim em uma interpretação sistemática da constituição, tem-se que o meio preconizado para a regularização fundiária de áreas ocupadas por famílias carentes pode ser: (1) usucapião especial para fins de moradia, no caso da área ser privada e (2) concessão de uso especial para fins de moradia, no caso de imóveis públicos. Nesse sentido traz-se à colação a lição de Vanêscia Buzelato Prestes:

Analisemos detidamente o art. 183 e seus parágrafos.

O *caput* do artigo não se refere a propriedade pública a propriedade privada. Dentro do contexto em que se situa – política urbana em cumprimento às funções sociais da cidade e da propriedade – e na hipótese de inexistência do § 3º, o art. 183, em tese, tanto a imóveis privado quanto aos públicos. Para os possuidores de imóveis privados que fizessem jus ao direito o título a ser concedido seria de domínio, e para aqueles que estivessem em área pública a concessão de uso, a teor do que dispõe o § 1º do mesmo artigo. A existência do §3º neste artigo reforça o entendimento de que nos imóveis públicos não há o direito ao título de domínio. Porém, a sua isenção na Constituição Federal não afasta a possibilidade da concessão de uso estabelecida pelo *caput* e pelo §1º. Isto porque o *caput* não faz a diferença entre imóveis públicos e privados e a explicação contida no parágrafo somente reforça o entendimento de que o comando do artigo atinge a ambas as categorias⁸⁵.

À luz do exposto, passa-se a analisar a usucapião especial de imóvel urbano disciplinada pelo Estatuto da Cidade. Seja em sua forma individual, seja em sua forma coletiva, o instituto tem uma única razão de ser, qual seja promover o direito à moradia de pessoas de baixa condição social cuja posse do lugar em que habitam é, em grande medida, temerária, sem um mínimo de segurança jurídica que lhes garanta que no amanhã não serão despejadas.

A usucapião urbana (instituto com arrimo constitucional) adentrou no sistema jurídico brasileiro “para combater a violação do direito à moradia das populações moradoras em favelas”⁸⁶. Essa é uma compreensão social do instituto que tem sua razão de ser na manifestação de proteção ao direito à moradia, atribuindo segurança jurídica a situação fática da posse, caso satisfeitos os requisitos legais para

⁸⁵ PRESTES, Vanêscia Buzelato. *A concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 207.

⁸⁶ SAULÉ JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.380.

prescrição aquisitiva, momento em que passa a existir a possibilidade jurídica da declaração de propriedade. Isso fica claro a partir dos artigos 9º e 10 do Estatuto da Cidade:

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

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Como se infere dos artigos citados, os requisitos para declaração de propriedade são: (1) área de até duzentos e cinquenta metros quadrados – no caso de o local ser ocupado por população de baixa renda em que não seja possível identificarem-se os terrenos ocupados por cada morador, a área total poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros –; (2) cinco anos de ocupação ininterrupta sem oposição e; (3) utilização para moradia;

Cabe mencionar que tal direito não poderá ser reconhecido mais de uma vez à mesma pessoa; isso está expresso na Constituição Brasileira (artigo 183, parágrafo 2º), bem como no artigo 9º, parágrafo 2º, do Estatuto da Cidade.

Conclui-se, pois, que a usucapião especial urbana é meio de regularização fundiária, medida que cumpre a função social da cidade e, como tal, destina-se a conferir a propriedade para as pessoas em situação de fragilidade econômico-social.

2.3.2.2.5.3 Concessão de uso especial para fins de moradia

O Estatuto da Cidade – em conformidade com a norma constitucional estatuída no artigo 183 e parágrafos da Constituição Brasileira – elenca, no artigo 4º, entre os seus instrumentos de política urbana, a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia.

O contrato de direito real de uso tem por objeto a posse de terras públicas, e pode ser definido no direito urbanístico como contrato pelo qual o município concede o uso do imóvel público a um particular. O uso é um direito real e encontra-se positivado nos artigos 1.225, inciso V e 1.412, do Código Civil, sendo que, quando utilizado exclusivamente para fins de moradia, é chamado de direito real de habitação (artigo 1.414 e seguintes do Código Civil).

Transportando o conceito do direito privado para o direito urbanístico, tem-se que a nota distintiva entre concessão de uso e concessão de uso especial para fins de moradia é que a primeira forma de direito real pode ser usada para diversas finalidades no plano da cidade, ao passo que a segunda, em paralelo com o direito real de habitação, só pode ser utilizada para fins de moradia.

Como visto anteriormente, a usucapião urbana serve para regularização fundiária da propriedade privada; a concessão de uso especial para fins de moradia serve para regularização fundiária de imóveis públicos urbanos. O fundamento para ambas as formas de regularização é a função social da propriedade; “esse princípio é norteador, sendo condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada como pública”⁸⁷. Nesse sentido, esclarecedor é o escólio de Nelson Saule Junior:

Em razão das regras para uso e aquisição da propriedade privada e pública serem diferenciadas, a Constituição adotou o usucapião urbano como instituto jurídico para o reconhecimento do direito à moradia dos habitantes de favelas situadas em áreas urbanas privadas – fato que gera a obtenção da propriedade, do domínio da área – como o intuito de conferir a segurança jurídica da posse para esta população de baixa renda.

Com relação ao reconhecimento do direito à moradia dos moradores em favelas situadas em áreas urbanas públicas, a Constituição adotou a concessão de uso, na qual se reconhece a função social do uso desta área para fins de moradia dos seus moradores, conferindo uma segurança jurídica da posse da área utilizada para atender a sua necessidade básica de moradia. Com a adoção da concessão de uso, a propriedade urbana fica mantida sob o domínio do Poder Público, como meio de assegurar a manutenção da área para a finalidade social de moradia⁸⁸.

⁸⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.399.

⁸⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.400.

A concessão do direito real de uso para fins de moradia, no texto original do Estatuto da Cidade, havia sido regulamentada nos artigos 15 a 20; contudo, o Governo Federal acabou por vetá-los.

Sobreveio nova regulamentação da concessão de uso para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001). Nessa nova regulamentação a pessoa fará jus à concessão de uso especial para fins de moradia se preencher os requisitos presentes no artigo 1º. Registre-se que há, também, a opção de se fazer a concessão na modalidade coletiva (artigo 2º da Medida Provisória):

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Como se infere das normas citadas, os requisitos são: (1) possuir o imóvel há mais de cinco anos até 30 de junho de 2001 e (2) imóvel não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, no caso de concessão individual, se coletiva, as medidas podem superar esse limite; (3) fim exclusivo para moradia.

Importante notar que mesmo imóveis públicos de uso comum e especial podem estar sujeitos à concessão de uso especial para fins de moradia. Nesse sentido é o disposto no artigo 5º da Medida Provisória: “É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I - de uso comum do povo”.

Em vista disso, traz-se à colação precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu a concessão de uso especial para fins de moradia em imóvel público de uso especial. Originariamente, a parte autora ajuizara ação de concessão de uso especial para fins de moradia em face do Estado do Rio Grande

do Sul, porque morava atrás de escola pública e preenchia os requisitos dispostos na Medida Provisória 2.220/2001. Fora-lhe reconhecido o direito. A decisão foi assim ementada:

Ementa: AÇÕES DE CONCESSÃO DE USO ESPECIAL E DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMPROVADO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/01, É CASO DE CONCESSÃO DO IMÓVEL AOS APELADOS, RESTANDO DESCARACTERIZADO O ESBULHO ALEGADO. PAGAMENTO DE CUSTAS PELO ESTADO: LEI 13.471/10. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70042411173, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 26/05/2011)⁸⁹

Em essência, a concessão de uso especial é instrumento destinado à realização do direito à moradia e tem destinatários determinados, quais sejam pessoas que preencham os requisitos da Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de 2001 até 30 de julho de 2001.

2.4 Conclusão

Direitos fundamentais do homem são os reconhecidos e positivados como tais em um dado momento histórico e fazem referência à justa medida entre dignidade da pessoa humana, valor liberdade, valor igualdade, sendo que os direitos sociais, quando em cotejo com os direitos individuais, fazem pender a balança para o lado que assegure maior efetividade na busca da dignidade da pessoa humana e do valor igualdade (sobretudo em seu viés material).

A moradia foi reconhecida como direito fundamental do homem, pela primeira vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil o seu reconhecimento formal se deu com a Ementa Constitucional nº 26 de 2000, embora fosse possível extraí-lo do texto original mediante interpretação constitucional sistemática.

⁸⁹ AC 70042411173, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 26/05/2011.

A par dessas assertivas, algumas conclusões foram extraídas do direito à moradia em cotejo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, dentre as quais se destacam:

(1) Relação direito à moradia e dignidade da pessoa humana: a moradia que, pelo seu viés fático é agente de satisfação das necessidades básicas e elementares do homem, tem, pelo seu viés jurídico, o conteúdo informado pela dignidade da pessoa humana.

(2) Relação direito à moradia e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: o direito fundamental à moradia está intimamente ligado a tais objetivos, pois estes são imprescindíveis à realização daquele, sobretudo, no que se refere à erradicação da pobreza e a eliminação das desigualdades sociais.

(3) Relação direito à moradia e direitos da personalidade: o direito à moradia está intrinsecamente ligado aos direitos da personalidade, ainda mais no que diz respeito à integridade da vida e à intimidade, pois uma habitação desprovida de serviços essenciais básicos e de proteção jurídica contra invasões arbitrárias pode ser violadora de posições jusfundamentais do homem.

(4) Relação direito à moradia e posse: o direito fundamental do homem à moradia pode ser expresso pela função social da posse, na medida em que esta é manifestação da forma de utilização de um bem considerado. Isso é tão verdade que o legislador constitucional, sob o fundamento do direito à moradia constitui forma de aquisição originária da propriedade em detrimento do direito à propriedade de um titular que não a utiliza de forma a dar-lhe uma função social; leitura que se faz dos artigos constitucionais 5º, XXIII, 183 e 191.

(5) Relação direito à moradia e parcelamento do solo urbano: a lei que trata do parcelamento do solo urbano vincula os lotes originários de tal ato aos serviços de infraestrutura básica e isso vai ao encontro de um mínimo existencial (dentre os quais está a moradia em sua forma digna).

(6) Relação direito à moradia e contrato de locação imobiliária: o contrato de locação é meio para o exercício do direito fundamental à moradia e, como tal, as normas que o regulamentam têm de estar vinculadas a tal direito. Por corolário, infere-se que há regras locatícias que deixam nítida uma interpretação do legislador infraconstitucional, na ora da feitura da lei, em prol do direito à moradia; dentre elas podem-se citar as estatuídas nos artigos 4º, 10, 11, 17, 27 e 62, inciso II da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

(7) Relação direito à moradia e impenhorabilidade do bem de família: a impenhorabilidade do bem de família é instituto que vem ao encontro do direito fundamental do homem à moradia, sua hipótese convencional está nos artigos 1.711 a 1722 do Código Civil e sua hipótese legal está na Lei 8.009/90.

(8) Relação direito à moradia e direito à habitação: a habitação é o local do exercício do direito à moradia. Isso implica dizer que, seja na sua forma gratuita (direito real de habitação), seja na sua forma onerosa (contrato de locação), o direito de habitação deve ser sempre informado pelo direito fundamental à moradia.

(9) Relação direito à moradia e função social da cidade: a moradia está entre as diretrizes de cumprimento da função social da cidade (Estatuto da Cidade, artigo 2º, inciso I). É dizer: como tal, o direito à moradia é, em determinadas hipóteses, o próprio conteúdo da função social da cidade. Razão disso é que se o proprietário de um imóvel não cumprir as obrigações estatuídas em lei municipal decorrente da função social da cidade e se tais obrigações disserem respeito ao direito à moradia, a desapropriação-sanção será meio idôneo para a realização do direito fundamental em questão.

(10) Relação direito à moradia e usucapião especial: a usucapião especial é meio de regularização fundiária no âmbito da cidade e aplicável sobre imóveis privados; é medida que cumpre a função social desta porque se destina a conferir a propriedade para pessoas que auferem baixa renda e que, de fato, utilizam-na para morar.

(11) Relação direito à moradia e concessão de uso especial para fins de moradia: a concessão de uso especial é meio de regularização fundiária no âmbito da cidade e aplicável sobre imóveis públicos; é instrumento destinado à realização do direito à moradia e tem destinatários determinados, quais sejam pessoas que preencham os requisitos da Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001 até 30 de julho de 2001.

3 PARÂMETROS PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELO PODER JUDICIÁRIO

“Todos os conceitos de direito compõem-se da determinação e ponderação de três elementos: (1) a decretação de acordo com a ordem, (2) a eficácia social e (3) a correção quanto ao conteúdo”⁹⁰. O ideal positivista centra sua compreensão de direito na decretação de acordo com a ordem e na eficácia social. A teoria de Hans Kelsen é a expressão mais conhecida na matriz romano-germânica do ideal positivista. É exatamente a partir dessa compreensão de direito que Hans Kelsen conclui, como afirma Robert Alexy: “por isso, cada conteúdo qualquer pode ser direito”⁹¹. Essa forma de ver o direito garante duas máximas do estado de direito, quais sejam igualdade formal e liberdade. Igualdade no sentido de que todos serão tratados de forma igual perante a lei, por conseguinte, dentro dos limites da lei pré-estabelecida todos expressarão em igual medida sua liberdade, essa situação determina a ordem na sociedade, corolário disso é a paz social. Esse modelo de direito centra sua consistência na segurança jurídica. Embora suas virtudes, como visto na conclusão de Hans Kelsen, qualquer conteúdo pode ser direito.

Por outro lado um modelo ideal baseado apenas na correção quanto ao conteúdo (aplicação caso a caso do que é devido) mostra-se a forma mais perfeita de justiça. Ocorre que tal modelo carece de previsibilidade, na medida em que a solução é dada caso a caso. Consequência disso é a carência de segurança jurídica.

Segundo Robert Alexy, “um conceito de direito adequado, somente pode nascer quando ambos os lados são adequados”⁹². É dizer: a decretação de acordo com a ordem e eficácia social tem a sua razão de ser, contudo, deve haver uma dimensão do direito em que se possa dar aos integrantes da comunidade a oportunidade de corrigir o conteúdo do direito. A essa interação entre decretação de acordo com a ordem, eficácia social e correção quanto ao conteúdo Robert Alexy denomina-a de teoria do discurso do estado constitucional democrático.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. 2ª. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. 2ª. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

⁹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. 2ª. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20.

Entende-se que a realização do direito à moradia deve ser compreendida no âmbito da teoria do discurso do estado constitucional democrático. Para tanto, faz-se necessária uma incursão na teoria dos princípios. Neste tópico, destacadas são as lições de Robert Alexy, que, por oportuno, embasará esta parte da monografia.

Inicialmente, averiguar-se-á os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no que se refere ao direito à moradia, para, posteriormente, à luz da teoria do discurso do estado constitucional democrático, traçar parâmetros adequados à realização de tal direito fundamental pelo Poder Judiciário.

3.1 Problematização: análise jurisprudencial

Foi realizada pesquisa junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os dias 31 de outubro e 02 de novembro de 2011, momento em que foram encontradas 199 decisões. O termo utilizado na pesquisa foi “direito à moradia”. Dessa pesquisa resultaram algumas decisões as quais serão utilizadas como paradigmas para que se possa traçar um perfil da forma de decidir desse tribunal.

Para tanto se apresentará a questão apenas quanto à realização do direito à moradia, quando este entra em conflito com as posições jurídicas públicas (realização do direito à moradia em áreas públicas ou demanda prestacional em face do poder público). Isso porque no que se refere à realização do direito à moradia frente às posições jurídicas privadas, parece haver certo consenso argumentativo.

3.1.1 Direito à moradia *versus* posições jurídicas públicas

Neste tópico, restringir-se-á a análise a dois tipos de casos: (1) aqueles em que os entes federados ajuízam ações de reintegração de posse cumulada, ou não, com ação demolitória no caso de cumprimento de regras de ordenamento urbano e; (2) aqueles em que as pessoas demandam em face do poder público a concessão

de moradia; importante notar que, aqui, apenas um caso encontrado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3.1.1.1 Ente público e o cumprimento das regras de ordenação urbana

A partir das regras de ordenação do espaço urbano, os municípios têm ajuizado ações de demolição e reintegração de posse, sobretudo, em face de famílias pobres. Dos casos analisados, pelo que se percebeu, o Poder Judiciário tem concedido a tutela pleiteada, lançando mão de dois tipos de decisões: uma condicionando a demolição à realocação da família carente, outra, não fazendo tal exigência. No primeiro caso os argumentos são, em grande medida, pautados pelo direito fundamental à moradia; no segundo, dá-se prevalência incondicionada às regras de ordenação urbana. Vejam-se os argumentos pró e contra o direito fundamental à moradia.

3.1.1.1.1 Decisões e argumentos favoráveis ao direito à moradia

Julgamentos paradigmáticos utilizados na análise dos argumentos favoráveis: paradigma 1 – Embargos Infringentes Nº 70011294998, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 07/10/2005; paradigma 2 - Agravo de Instrumento Nº 70034387605, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 16/03/2011.

Paradigma 1 – O Município de Bento Gonçalves moveu ação demolitória em face de família que morava em área pública ao lado de via férrea. A casa era mais uma ao lado de tantas outras que formava uma favela ao longo dessa via. O município prestava alguns serviços essenciais na localidade, tais como energia, água e coleta de lixo. A ação foi julgada improcedente em primeira instância. O município recorreu e a ação foi reformada por maioria de votos. Disso a parte interpôs embargos infringentes que foram julgados parcialmente procedentes para

condicionar a demolição (cumprimento das diretrizes municipais) ao dever de realocação da família. O voto condutor dos embargos infringentes teve por baliza dois argumentos: (1) a proporcionalidade da medida em face aos bens jurídicos considerados; (2) interpretação das normas de ordenação do município de Bento Gonçalves de acordo com a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Município de combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (Constituição Brasileira, artigo 23, inciso X).

(1) Argumento da Proporcionalidade:

O sacrifício que se impôs ao cidadão (...) é excessivo e desproporcional, pois lhe ofende o núcleo essencial do direito fundamental à moradia: a dignidade humana. A ablação do direito à moradia, decorrente da demolição da sua residência, é demasiada na medida em que o recorrente estará com o seu nível de subsistência e sobrevivência colocado abaixo do mínimo considerado necessário a uma existência com dignidade que a Constituição Federal garante-lhe.

Assim sendo, somente a procedência parcial do pedido inicial impondo a demolição após a contraprestação pelo Município de Bento Gonçalves ao realojamento do recorrente e sua família noutra moradia, às custas do poder público municipal, é que se terá como cumprido o elemento da proporcionalidade estrita e respeitado o direito à dignidade humana consagrado no inciso III do artigo 1.º da Constituição Federal. Deste modo haverá proporcionalidade entre o sacrifício público e o privado, satisfazendo os ditames constitucionais⁹³.

(2) Interpretação do Plano diretor e do Código de Edificação Municipal de acordo com a Constituição Brasileira:

Com efeito, quando a legislação do Município de Bento Gonçalves menciona a possibilidade de demolição, impõe-se entender que um tal sancionamento deve ser utilizado para ajustar o espaço urbano, visando atingir as moradias clandestinas, que não possuem o devido licenciamento. E tal sanção, inclusive como modo de salvaguardar o bem comum, assim entendido como o bem estar dos cidadãos, – que é a finalidade pública –, deve ter por baliza o dever de erradicar a pobreza, não se descumprindo o art. 23, X, CF/88 (“*combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos*”), somente podendo ser utilizada caso houvesse a *comprovação* nos autos de que o Município efetivamente adotara as providências necessárias para

⁹³ El 70011294998, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 07/10/2005.

remover o réu para outro local onde pudesse instalar sua moradia e houvesse negativa deste morador – o que não é, a toda evidência, a hipótese vertente⁹⁴.

Paradigma 2 – O Município de Nova Hartz/RS propôs ação demolitória em face de família que morava em construção irregular situada em área pública. Pediu antecipação de tutela, a qual foi indeferida. Dessa decisão interpôs agravo de instrumento o qual foi julgado improcedente pelo seguinte fundamento: (1) necessidade de realizar esforços administrativos necessários para a proteção do direito à moradia; (2) interpretação de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

(1) Argumento da necessidade de realizar esforços administrativos necessários para proteger o direito à moradia:

A Constituição Federal, em seu art. 6º, desde a Emenda Constitucional 26/2000, positivou expressamente o **direito à moradia** ao *status* de **direito fundamental**, o que implica na necessidade de se realizar os esforços administrativos necessários para a sua proteção. Neste sentido, convém firmar a posição trazida por SARLET:

*J. Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico*⁹⁵. (grifos no original)

(2) Argumento de que o cumprimento do plano diretor da cidade deve considerar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Inadequado, entretanto, é acreditar que a solução para este problema social passa pela demolição e/ou despejo de famílias sem qualquer planejamento de realocação para elas, como se problema não fosse da Administração Pública.

Neste sentido, importante registrar que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu Comentário Geral nº 7, §16, dispõe:

os despejos não podem resultar na constituição de indivíduos sem casa ou vulneráveis a violações de outros direitos humanos. No caso da pessoa afetada ser incapaz de prover por si mesma uma alternativa, o Estado deve adotar todas as medidas apropriadas, ao máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar que uma

⁹⁴ El 70011294998, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 07/10/2005.

⁹⁵ AI 70034387605, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 16/03/2011.

*moradia alternativa adequada, reassentamento ou acesso à terra produtiva estejam disponíveis*⁹⁶.(grifos no original)

Substancialmente, constata-se que ambos os julgados condicionam a eficácia das normas de ordenação dos municípios, no que se refere a moradias irregulares e situadas em bens públicos, a um plano de realocação, embora por argumentos diversos. O primeiro julgamento lança mão do princípio da proporcionalidade e da interpretação das normas municipais de acordo com os compromissos constitucionais de erradicação da pobreza para concluir que a demolição, sem plano de realocação, é desproporcional à realização do plano diretor da cidade. O segundo, parte da ideia de que a positivação da moradia como direito fundamental exige esforços necessários da Administração Pública para sua realização, bem como as normas de ordenação do município devem considerar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

3.1.1.1.2 Decisões e argumentos desfavoráveis ao direito à moradia

Julgamentos paradigmáticos utilizados na análise dos argumentos desfavoráveis: paradigma 1 – Apelação Cível Nº 70036278703, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 02/06/2010; paradigma 2 – Apelação Cível Nº 70024372724, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 18/02/2009.

Paradigma 1 – O Município de Tramandaí/RS propôs ação demolitória em face de família que morava em construção irregular situada em área pública (área verde⁹⁷). A ação acolheu a pretensão demolitória, mas condicionou-a ao realojamento da família. Dessa decisão o município interpôs apelação, a qual foi provida, para condenar o demandado à demolição do imóvel, sem necessidade de realocação. Os argumentos utilizados foram os seguintes: (1) violação às normas

⁹⁶ AI 70034387605, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 16/03/2011.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p 273: o que caracteriza as áreas verdes é a existência de vegetação contínua, amplamente livre de edificações, ainda que recortada de caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves, quando tais áreas se destinem ao uso público.

municipais de ordenação do espaço urbano; (2) violação ao princípio da igualdade; (3) violação do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado.

(1) Argumento da violação às normas de ordenação do espaço urbano:

Ao ser assegurado o direito à moradia ao apelado, tal determinação, não se desconhecendo disposições constitucionais quanto ao direito à moradia, afronta à lei municipal nº 418/80 – Código de Obras Municipal, ou seja, os atos administrativos necessários para a execução de qualquer edificação no município.

(...)

O direito social à moradia não assegura o direito de construir sem a observância dos condicionamentos legais que recaem sobre a propriedade em nome do Bem Comum. Por isso, sua mera invocação não impede a demolição do imóvel, nos termos da legislação municipal⁹⁸. (grifos no original)

(2) Argumento da violação ao princípio da igualdade que fora decorrência da conclusão de que seria dispensado tratamento diferenciado, no caso de condicionar a demolição à realocação, em detrimento dos munícipes que seguem as regras de ordenação do espaço urbano:

Assim, o comando sentencial que determina o realojamento do réu para só após ser possível a demolição do imóvel irregularmente construído em área verde, caracteriza uma violação ao princípio da igualdade, pois se estaria tratando diferentemente os munícipes de Tramandai⁹⁹.

(3) Argumento da violação do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado:

Além do mais, tal pretensão viola o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois a construção foi erguida, conforme já dito, em área verde, portanto, de domínio público, conforme está descrito nas notificações de fls. 06, 07 e 12, e ainda nas fotografias de fls. 08/10¹⁰⁰.

Paradigma 2 - O Estado do Rio Grande do Sul propôs ação de reintegração de posse contra família que morava a mais de 20 anos nos fundos de uma escola

⁹⁸ AC 70036278703, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 02/06/2010.

⁹⁹ AC 70036278703, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 02/06/2010.

¹⁰⁰ AC70036278703, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 02/06/2010.

pública. A ação acolheu a pretensão do ente federado. Dessa decisão a família interpôs apelação a qual foi desprovida. Os argumentos utilizados foram os seguintes: (1) a residência instalada no local fora ato de mera tolerância do ente federado; (2) o direito à moradia é norma programática que não gera direito subjetivo.

(1) Argumento de que a residência instalada atrás da escola é ato de mera tolerância:

A residência ali instalada foi resultado de mera permissão ou tolerância do ente público. O artigo 1.208 do CC assim dispõe: “*Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.*”

Não havendo posse dos recorrentes, não há falar em indenização por benfeitorias quando sequer foi provada a autorização formal do proprietário para a edificação no imóvel¹⁰¹.

(2) Argumento de que o direito à moradia é norma programática:

Quanto ao direito à moradia, invocado pelos apelantes, trata-se de norma programática que não criou direito subjetivo a ser protegido na forma pretendida nestes autos¹⁰².

Em suma: no paradigma (1), o argumento central dessa decisão foi a violação do princípio da igualdade. Para concluir assim, o relator do acórdão partiu da premissa de que seria dispensado tratamento diferenciado, no caso de condicionar a demolição à realocação, em detrimento dos munícipes que seguem as regras de ordenação; no paradigma (2), não foi reconhecido o direito à moradia dos entes familiares que moravam há mais de 20 anos atrás de escola pública, sobre o argumento de que se tratava de ato de mera tolerância do ente federado, bem como o direito à moradia é norma programática.

Tem-se que a solução adotada no paradigma 1 não foi a melhor, pois desconsiderou que a moradia para as classes pobres *obedece* “à lógica da necessidade (a necessidade de morar) e buscando um espaço de exercício para o

¹⁰¹ AC 70024372724, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 18/02/2009.

¹⁰² AC 70024372724, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 18/02/2009.

direito de moradia, os pobres da cidade passam a sustentar um mercado imobiliário irregular, com características próprias de sub-mercado”¹⁰³.

Se assim o é, como justificar uma decisão que embasa o seu fundamento no princípio da igualdade, que no caso fático seria igualdade perante as leis de ordenação urbana do município de Tramandaí? A igualdade usada para violar o direito à moradia foi a igualdade formal, a igualdade irrestrita perante a lei. Nos casos de ocupação irregular, a regra é a clandestinidade, pois como destacado pela autora citada anteriormente (Betânia Alfonsin), a lógica do direito à moradia, no que se refere aos pobres, é a da necessidade.

No caso do paradigma 2, a solução adotada em momento algum considerou e sequer mencionou a Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001, embora a ré desta ação, pelo que tudo indica, preenchesse os requisitos da concessão de uso para fins de moradia. Por oportuno, destaca-se que o mesmo tribunal, em caso idêntico ao desse paradigma, concedera o uso especial para fins de moradia, conforme citado no tópico 1.3.2.2.5.3 desta monografia.

De todo o exposto, vê-se que o tribunal não segue uma linha precisa e uniforme de argumentação no que se refere ao direito à moradia no âmbito das posições jurídicas públicas.

3.1.1.2 Ente público e demanda prestacional à moradia

Neste ponto, de um total de 199 decisões encontradas a partir do termo de procura “direito à moradia” no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em apenas uma decisão, a parte requereu que o poder público fosse condenado a conceder-lhe um lugar para morar: Apelação Cível Nº 70036553923, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 29/07/2010.

A ação ordinária movida em face do Município de Restinga Seca/RS em que a autora requeria concessão de área para construção de moradia, ou o direito real

¹⁰³ ALFONSIN, Betânia de M. *Para além da Regularização Fundiária*: Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 282.

de uso sobre área pública, além de financiamento para a construção, ou a entrega de habitação já construída pela municipalidade, para nela residir com a família, requerendo também inclusão em programa municipal que houvera contemplado outros habitantes da cidade e no qual a autora estava regularmente inscrita foi julgada improcedente. Dessa decisão a parte interpôs apelação, a qual foi desprovida, sob os seguintes argumentos: (1) os atos do Poder Judiciário são de adjudicação, os do poder executivo são de políticas públicas; (2) o município tem programa de habitação o qual a demandante tem de observar.

(1) argumento de que os atos do Poder Judiciário são de adjudicação enquanto os do poder executivo são de políticas públicas; disso não caberia a intervenção judicial:

Os direitos sociais reclamam atos do poder público. Enquanto se pode afirmar que os do Poder Judiciário são atos de adjudicação, os do Poder Executivo são de políticas públicas, que exigem meios como receita, pessoal, material, poder e competência.

Nesse viés, há que distinguir a justiça comutativa, que regula as relações entre particulares, da justiça distributiva, que regula a relação entre o todo e as partes, distribuindo proporcionalmente os bens comuns, intimamente ligada à apropriação individual do fundo social comum, de benefícios e de custos, impondo-se encontrar um denominador comum que possibilite a vida social entre cidadãos livres, cujo espaço de discussão mais próprio é o plurilateral, no âmbito do Legislativo e do Executivo¹⁰⁴.

(2) Argumento derivado do primeiro de que uma vez que o município tenha política própria de habitação, não assiste razão à demandante:

No Município de Restinga Seca, o direito à moradia previsto no art. 6º da *Lex Fundamental* e regulamentado pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), foi criado o programa municipal de habitação. Nesses limites há de ser exercido o direito em questão, mas isso não foi observado pela autora apelante, pretendendo a outorga da moradia de forma genérica, independentemente dos requisitos legais, que sequer foram objeto de referência¹⁰⁵.

¹⁰⁴ AC 70036553923, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 29/07/2010.

¹⁰⁵ AC 70036553923, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 29/07/2010.

Em suma: A autora postulou moradia em face do poder público, mas o pleito foi julgado improcedente sob o argumento central de que não cabe ao Poder Judiciário ingerência no âmbito das políticas públicas.

3.2 Desenvolvimento de critérios para a realização do direito à moradia

Neste momento do trabalho, passa-se a análise dos parâmetros que se entendem adequados para a realização do direito à moradia. Para tanto, procurou-se reconstruir a concepção de que tal direito é norma-princípio, cujo dever ser é *prima facie* e cuja realização depende de uma não-restrição, bem como de argumentos imanentes ao sistema jurídico.

3.2.1 Distinção entre norma e texto normativo

Inicialmente, cumpre distinguir norma e texto: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹⁰⁶. Essa definição implica dizer que não há correspondência necessária entre norma e dispositivo, ou seja, nem sempre um dispositivo normativo (texto constitucional ou legal) corresponderá a uma norma. A delimitação normativa dependerá das conexões de sentido que se atribui a um ou mais dispositivos normativos no sentido de se encontrar o comando do *dever-ser*, a norma. Bem esclarece o exposto a lição de eminente professor Humberto Ávila:

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos normativos específicos que lhes dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivos, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, p. 30.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. (...) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: O Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas¹⁰⁷.

Em essência, conclui-se que pode haver: (1) norma sem dispositivo específico, caso em que se necessita da compreensão de sentido de vários dispositivos para se chegar a uma norma determinada; (2) dispositivo sem norma; (3) dispositivo com várias normas; (4) identidade dispositivo/norma. As três primeiras combinações são percebidas com maior facilidade a partir da compreensão textual de uma Constituição, dado o caráter de abstração de suas normas, sobretudo em questões de princípios; a última combinação se estabelece, em maior medida – por uma questão de segurança jurídica e de clareza que devem ter as regras – no plano infraconstitucional.

Neste trabalho a noção exposta de texto e norma tem seu caráter de relevância para determinar-se norma e alcance de seu objeto de incidência (moradia). Como exemplo, lança-se mão do seguinte questionamento: de onde se retira a norma que manda o Estado dar efetividade ao direito à moradia, na medida em que o artigo 6º da Constituição Brasileira apenas atribui a ela a qualidade de direito fundamental? Tal norma pode ser construída, e isso se encaixa na combinação (1), vista anteriormente (norma sem dispositivo específico), a partir da combinação do *caput* do artigo 6º com o parágrafo 1º do artigo 5º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Fez-se, em primeiro momento, a distinção entre texto e norma, contudo, impõe-se averiguar um segundo problema, qual seja o que determina as conexões de sentidos que se faz para encontrar a norma, na medida em que o “significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação”¹⁰⁸? A resposta a essa indagação depende de duas concepções: (1) significado linguístico e (2) argumentos utilizados para a modificação e o alcance do significado de forma a não gerar contradição entre parte

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, p. 30-31.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, p. 31.

e todo no ordenamento. Embora ambos sejam independentes, fundamentam-se para determinar a compreensão de uma determinada norma. No âmbito do significado linguístico, cabe rever a lição de Humberto Ávila:

De um lado, a compreensão do significado como conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independe do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, com o uso¹⁰⁹.

Como se percebe no trecho acima, a linguagem comporta-se como um organismo vivo e suscetível de mutações as quais se identificam pelo uso. Conquanto assim o seja, “afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual”¹¹⁰. A razão para tanto é que o próprio uso além de determinar o sentido da linguagem, cria traços mínimos de significados que irão, em um dado lugar e tempo, se incorporar à comunicação de forma estável. Assim: “Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem”¹¹¹.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo. p. 31-32.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, p. 32.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, p. 33.

3.2.2 Argumentos empregados na interpretação jurídica

Neste tópico, toma-se por base a classificação dos argumentos jurídicos proposta por Humberto Ávila.

Antes de adentrar nessa classificação, importa destacar a lição do eminente professor Juarez Freitas, no sentido de que somente pode haver um tipo de interpretação jurídica condizente com o sistema jurídico entendido como “*rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é (...) dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito*”¹¹², qual seja interpretação sistemática. Nesse sentido, afirma o referido jurista:

É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação¹¹³.

A par dessas considerações, oportuno mencionar que a classificação dos argumentos jurídicos proposta por Humberto Ávila é compreendida, neste trabalho, como parte de uma interpretação sistemática.

O eminente jurista propõe uma sistematização dos argumentos empregados na interpretação jurídica que se adota neste trabalho¹¹⁴: ele divide os argumentos jurídicos em institucionais (fazem referência ao ordenamento jurídico, por isso são de facilitada objetivação) e não-institucionais (dizem respeito apenas ao sentido de justiça, por isso são de fácil subjetividade).

Desde já, por uma questão de que liberdade e forma caminham juntas, no sentido de que deve haver previsibilidade nas relações sociais para que as pessoas exerçam a sua liberdade e na medida em que o “Estado deve tratar todas as

¹¹² FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 44.

¹¹³ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Nº 21, janeiro/fevereiro/março Disponível na Internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf)> acesso em: 15 de outubro de 2011..

peças sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar de boa-fé, tratar a todos com a mesma consideração (*equal concern*)¹¹⁵, o que interessa para este trabalho são os argumentos imanentes ao sistema jurídico, porque podem ser objetivados. Essa situação determina um grau maior de generalidade e abstração de tais argumentos, e por consequência se tem, dentro de um sistema normativo, a universalidade do argumento.

É dizer, o argumento X, por ser objetivamente considerado, será justificador de uma decisão Y, que corresponde a um caso Z, não importando quantas vezes haja repetição de Z. Esse mecanismo garante a ordem que o direito intuitivamente sempre procura e que, neste trabalho, mesmo pensando na realização de direitos sociais, procura-se.

Assim, à luz dessa premissa, expor-se-á apenas a classificação proposta por Humberto Ávila referente aos argumentos institucionais. Ele divide tais argumentos em (1) imanentes – “construídos a partir do ordenamento jurídico vigente, assim de sua linguagem textual e contextual como do seus valores e da sua estrutura”¹¹⁶ –; (2) transcendentais – “são aqueles que não mantêm relação com o ordenamento jurídico vigente, mas dizem respeito ou a sua formação ou ao sentido dos dispositivos que eles antes continham”¹¹⁷. A par disso, Humberto Ávila divide os argumentos imanentes em (1.1) linguísticos – significado sintático ou semântico de um dado texto normativo –; (1.2) sistemáticos – são os que encontram seu fundamento na estrutura do ordenamento jurídico, ou melhor, na combinação harmônica de todos os elementos do ordenamento, de forma a evitar contradições. Como o que importa para este trabalho é a maior objetivação possível do argumento no sentido de sua universalização, mais uma vez, restringir-se-á a análise aos argumentos imanentes ao sistema jurídico vigente.

(1.1) Argumentos linguísticos: Nos argumentos linguísticos que se dividem em sintático (referência a estrutura gramatical) e semântico (referência ao sentido

¹¹⁵ DWORIN, Ronald. *O direito da Liberdade: A leitura Moral da Constituição Norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Nº 21, janeiro/fevereiro/março, p. 6. Disponível na Interet: <[HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf)> acesso em: 15 de outubro de 2011.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Nº 21, janeiro/fevereiro/março, p. 6. Disponível na Interet: <[HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf)> acesso em: 15 de outubro de 2011.

ordinário ou técnico de uma dada expressão), interessa para este trabalho o segundo. O argumento semântico, pelo viés ordinário, diz que se uma norma é inteligível no âmbito da linguagem usual (compreensão da média dos cidadãos) deve ser entendida de acordo com essa interpretação, pois o direito cujo desiderato intuitivo é a ordem deve ser alcançado por todos, ou seja, deve ser compreendido por todos. Dessa premissa, deduz-se que as normas infraconstitucionais e infralegais devem ser as mais claras (compreensão média dos cidadãos) possíveis. Ocorre que no plano normativo constitucional as normas, por determinarem, em grande medida, objetivos a serem perseguidos pelo estado democrático, são carecedoras, por muitas vezes, de uma compreensão linguística ordinária. Por esse motivo e porque a interpretação jurídica é sistemática, cabe aferir a classificação dos argumentos sistemáticos.

(1.2) Argumentos sistemáticos: como visto, os argumentos sistemáticos fundamentam-se na estrutura do ordenamento jurídico. Tais argumentos podem ser divididos em (1.2.1) contextuais – são os que consideram na interpretação não apenas a norma diretamente relacionada ao caso que quer se dar solução, mas também outras normas que guardam relação de pertinência com o caso –; (1.2.2) jurisprudenciais – estes fazem referência aos precedentes do Poder Judiciário, de forma a fixar uma interpretação de uma determinada norma.

(1.2.1) Os argumentos contextuais podem ser utilizados na interpretação jurídica por meio de um princípio constitucional para informar a hipótese de incidência em dois sentidos: (a) no sentido de permitir analogia por decorrência do princípio da igualdade (atribuição a fato não regulado de consequência de fato regulado, por serem os fatos parecidos) e; (b) no sentido de informar o desiderato a ser perseguido pela regra objeto da interpretação. Nesse último caso, estar-se-á diante de uma interpretação teleológico-sistemática em que hipótese literal da norma objeto de interpretação e finalidade constitucional têm de andarem juntas. Senão cabe equidade para corrigir. Nesse caso a interpretação pode ser restritiva – restrição da hipótese literal de uma regra que se revela muito ampla para a hipótese subjacente (isso é restrição teleológica) – ou extensiva (isso é ampliação teleológica).

Importa salientar o ponto (b) acima: normas cujo mote advém da constituição podem ser representadas da seguinte forma: hipótese literal + elemento teleológico. Ocorre que por vezes há o preenchimento do suporte fático da hipótese literal, mas

não o preenchimento do elemento teleológico, ocasião em que a interpretação deve restringir a hipótese literal. Por outro lado, pode acontecer o contrário (o não preenchimento da hipótese literal, mas com o preenchimento do elemento teleológico), ocasião em que a argumentação sistemática manda estender a hipótese literal.

Como se verá adiante, direitos fundamentais não são aplicáveis por subsunção (tudo ou nada); mas sim por ponderação. Isso implica dizer que eles apenas podem ser restringidos no âmbito fático. Transportando esse raciocínio para uma interpretação sistemática, pelo seu viés contextual, tem-se que uma norma infraconstitucional restritiva de direito fundamental, formada por sua hipótese literal + elemento teleológico, deve considerar em sua aplicação o direito fundamental a ser restringido. Isso porque a hierarquia normativa entre elemento teleológico e direito fundamental é igual. Logo, por uma interpretação sistemática, conclui-se que a aplicação de uma norma infraconstitucional restritiva de direito fundamental procura o meio menos restritivo a tal direito.

(1.2.2) Os argumentos jurisprudenciais, conforme dito, fixam a interpretação de uma determinada norma, de forma a criar um precedente. No que se refere ao direito à moradia, a criação de um precedente dentro de um tribunal tem sua razão de ser, principalmente, no que se refere à universalização do conteúdo de eficácia de uma regra, na medida em que o direito sempre deve estar pautado, pelo maior grau de segurança jurídica possível.

Conclusão: os argumentos utilizados na interpretação jurídica devem ser de fácil objetivação, pois um dos desideratos do direito é a universalização de uma solução. A partir dessa ideia infere-se que os argumentos imanentes ao sistema jurídico – linguísticos e sistemáticos – são os melhores para o cumprimento de tal mote. Nesse sentido a interpretação sistemática que considera a norma não apenas pela sua hipótese literal, mas, sobretudo, pelo fim a que ela está pautada, bem como a realização deste com outros fins determinados pela Constituição, é a única forma possível de interpretação jurídica condizente com um sistema jurídico que pretenda dar efetividade aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Corolário disso: “É que ao intérprete incumbe (...) dar sistematicidade à

norma, vale dizer, colocá-la, formal e substancialmente, em harmonia com o sistema jurídico”¹¹⁸.

3.2.3 O direito à moradia como norma de direito fundamental

Entender o direito à moradia como norma de direito fundamental, no sentido de um dever-ser, implica, em um primeiro momento, compreender o que é norma de direito fundamental, bem como sua classificação entre princípios e regras, para, em um segundo momento, lançar mão de uma definição.

3.2.3.1 O que deve ser entendido como norma de direito fundamental

Inicialmente, cumpre responder o que são normas de direitos fundamentais. A resposta a essa indagação pode ser entendida simplesmente no sentido de que normas de direitos fundamentais são as estatuídas nos dispositivos de direitos fundamentais de uma dada Constituição. Esse é um critério formal de determinação. Nesse caso seriam normas de direitos fundamentais as positivadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Brasileira (art. 5º e 6º da CF).

Essa interpretação restringe as disposições de direitos fundamentais apenas às hipóteses estabelecidas no catálogo fundamental. No entanto, poderá haver norma que, mesmo não estabelecidas como tal, serão normas de direito fundamental. Neste caso, Robert Alexy denomina-as de normas de direitos fundamentais *atribuídas*; para tanto diz que: “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”¹¹⁹.

Partindo-se dessa compreensão, entende-se que normas de direitos fundamentais podem ser: (1) estabelecidas diretamente pela Constituição e (2)

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 50.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

atribuídas a normas estabelecidas pela Constituição. Destaca-se que, na linha do raciocínio adotado por Robert Alexy, toda norma de direito fundamental, seja estabelecida ou atribuída, necessitam de uma correta fundamentação que faça referência a direito fundamental:

Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre por que aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a práxis da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida.¹²⁰

Após determinado o que deve ser entendido como norma de direito fundamental, urge distinguir direito fundamental, entendido como regra, de direito fundamental entendido como princípio.

3.2.3.2 Normas de direito fundamental: regras e princípios

Da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, tem-se que: “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição”¹²¹. Assim, o gênero é a norma, cujas espécies são regras e princípios.

Nessa linha de raciocínio, cabe diferenciar regras de princípios; para tanto, pertinente, com a realização de direitos fundamentais, é lançar mão de uma

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.76.

¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

distinção “qualitativa”¹²² das espécies normativas. Decorre de tal entendimento que princípios são “mandamentos de otimização”¹²³, enquanto regras são “determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”¹²⁴.

Princípios como mandamentos de otimização são espécies normativas que determinam, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas, que algo seja realizado na maior medida possível. Por outro lado, regras como determinação no âmbito fático e jurídico possíveis são aplicáveis ou não.

Essa diferenciação entre regras e princípios, que se mostra, sobretudo na aplicação, torna-se clara nos casos de conflito entre regras, como também, no caso de colisão entre princípios.

No conflito entre regras, duas soluções são apontadas por Robert Alexy¹²⁵: (1) inclusão de uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes no sentido de eliminar o conflito; (2) declaração de invalidade de uma das regras conflitantes (aqui a solução aponta para *Lex posterior derogat legi priori e Lex specialis derogat legi generali*).

No que diz respeito à colisão entre princípios, a solução é diversa daquela dispensada às regras. É dizer: caso dois princípios colidam, um deles terá de *ceder*; contudo, não há falar em declaração de invalidade. A medida deste *ceder*, ou, do lado oposto, a medida da realização é determinada pelo sopesamento dos interesses resultantes de princípios colidentes no caso concreto. Para tanto, haverá condições jurídicas e, sobretudo, fáticas que determinarão a prevalência de um princípio sobre ou outro. Ou seja:

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90: A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambas não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é correta. (...) O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-93.

outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária¹²⁶.

Neste ponto, tem-se um grande problema: como determinar a relação de precedência, na medida em que os interesses conflitantes estão em um mesmo grau de hierarquia e de validade? Robert Alexy responde que o conceito de relação “condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 sob condições C, presentes nesse caso concreto”¹²⁷. Leia-se: P1 tem precedência sobre P2 se determinados eventos foram realizáveis (C), compreendendo (C) como possibilidades fáticas. Essa relação de precedência de acordo com as possibilidades fáticas determina um caráter *prima facie*. Vale dizer: princípio não contém um mandamento definitivo (caso das regras), mas um mandamento *prima facie* que dadas as condições, pode vir a ser definitivo. Em resumo:

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.¹²⁸

No âmbito das regras, a solução é diversa. Isso porque a extensão de seu conteúdo é determinada, cabendo ao intérprete, verificar se a hipótese de fato preencheu sua prescrição, caso positivo, o mandamento torna-se definitivo. Logo, regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente.

Conclui-se que, em linhas gerais, o gênero norma divide-se em princípios e regras, sendo que aqueles têm mandamentos *prima facie*; por consequência, são aplicáveis por ponderação, ao passo que estas têm mandamentos definitivos, situação que impõe aplicação por subsunção.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

3.2.3.3 O direito à moradia é uma norma *prima facie*

Concebendo como verdadeiras as premissas anteriores, conclui-se que: (1) normas de direitos fundamentais são as estabelecidas diretamente pela Constituição e atribuídas a normas estabelecidas pela Constituição; (2) normas de direitos fundamentais podem ser regras, cujo mandamento é definitivo ou princípios cujo mandamento é *prima facie*.

Cotejando essas conclusões com a concepção de que norma depende do sentido que se dá a textos normativos, a partir de uma interpretação sistemática, tem-se que a moradia elevada a direito fundamental pelo artigo 6º da Constituição Brasileira é norma-princípio (dever-ser *prima facie*), extraída da combinação desse artigo com o parágrafo 1º do artigo 5º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Conclusão: o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro é uma norma-princípio. E como visto, essa norma tem, em grande medida, sua eficácia vinculada à ponderação de princípios que, por oportuno, passa-se a tratar.

3.2.3.4 O princípio da proporcionalidade

Entender princípios como mandamentos de otimização implica lançar mão do princípio da proporcionalidade para que adequadamente, dadas as condições fáticas, possam ser realizados. Essa é uma conclusão lógica que pode ser deduzida da seguinte forma: (1) O Estado Democrático Brasileiro tem por objetivo a realização de direitos fundamentais ou a criação de espaço que os assegurem; (2) os direitos fundamentais podem entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais, quando a natureza que os definem puder ser antagônica no âmbito dos fatos; (3) do exposto conclui-se que, como o Estado tem o dever de realizar os princípios de direitos fundamentais ou criar um ambiente que os assegure, nos momentos em que estes entrarem em rota de colisão, quando de sua aplicação em um caso fático, terá o ente estatal a obrigação de aplicá-los, valendo-se do critério da proporcionalidade,

fazendo preponderar um sobre o outro na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Isso fica claro nas palavras de Robert Alexy:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

(...)

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais¹²⁹.

Conclui-se que a realização de direitos fundamentais (norma-princípio) implica reconhecer a proporcionalidade como instrumento hábil para tal fim. Se assim o é, cabe dissecar o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade considera as possibilidades fáticas e jurídicas no que concerne à realização de princípios decorrentes de direitos fundamentais. Decorre disso que há implicações de proporcionalidade fáticas e implicações de proporcionalidade jurídicas. No âmbito fático a proporcionalidade se divide em (1) adequação e (2) necessidade. No âmbito jurídico, tem-se a ponderação.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-118.

Em suma, proporcionalidade é adequação + necessidade + ponderação. Sendo que adequação e necessidade estão no plano fático, enquanto que ponderação está no plano jurídico.

Âmbito fático¹³⁰: A adequação responde a pergunta – o meio é suficiente para a realização do objetivo pretendido? Se sim, o meio é adequado; se não, o meio é inadequado. No âmbito da necessidade, em tese, todos os meios envolvidos são adequados para a realização do objetivo pretendido, disso a questão é saber, dentre os meios adequados, qual o menos restritivo a um outro objetivo que também deve ser considerado.

Representação do exposto:

- (DF1) Direito Fundamental 1 deve ser realizado ou considerado pelo Estado;
- (DF2) Direito Fundamental 2 deve ser realizado ou considerado pelo Estado;
- (DF1) é em determinadas situações fáticas (SF) antagônico a (DF2), no sentido de que a realização de (DF1) implica a não realização de (DF2);
- (M1) e (M2) são meios que realizam (DF1) em (SF);

Conclusões:

- No plano da adequação tem-se que (M1) e (M2) são suficientes para a realização do fim pretendido (DF1) em (SF). Notar que na adequação apenas se considera (DF1)
- No plano da necessidade onde se considera (DF1) e (DF2), a pergunta a ser respondida é qual dentre os meios (M1) e (M2) é menos gravoso a (DF2)? Suponhamos que seja (M2), logo (M2) é o meio necessário.
- Conclusão: M1 embora adequado, não é necessário; M2 é adequado e necessário.

Âmbito jurídico: aqui, tem-se o princípio da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio é “idêntico com uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”. Ele diz: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento de um

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118-120: o raciocínio utilizado é adaptação deste trabalho a respeito da interpretação da adequação e da necessidade em Robert Alexy.

princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹³¹. Consequência lógica dessa lei é a aferição do não cumprimento de um princípio em comparação como o cumprimento do outro. O problema pode ser assim formulado:

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro¹³².

Conclusão: o princípio da proporcionalidade em suas máximas da adequação, necessidade e ponderação responde a questão referente à colisão de princípios, no sentido da menor restrição possível de um princípio, para que outro seja realizado. Ou seja, princípios de direitos fundamentais têm de ser sempre realizáveis na medida do possível dadas as condições fáticas, o que implica dizer que jamais podem ser violados, mas apenas restringidos.

3.2.3.5 Restrição e violação de normas de direito fundamental

A Constituição Brasileira veicula regras e princípios em que estes podem ser de direitos fundamentais (direitos do homem positivados) ou, em grandes linhas, princípios estruturantes do estado democrático de direito (ex.: princípio democrático e separação dos poderes). Como princípios são mandamentos de otimização que podem no caso fático entrar em rota de colisão, pode-se ter as seguintes colisões: direito fundamental *versus* direito fundamental e direito fundamental *versus* princípios estruturantes.

Utilizando-se o princípio da proporcionalidade para demonstrar a restrição de uma norma-princípio de direito fundamental, tem-se que o princípio (x), no caso de colisão com o (y), é realizável se a ponderação entre as razões que determinam sua realização tiver maior peso em comparação com as razões que determinam a não

¹³¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. 2ª. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

¹³² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. 2ª. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

realização do princípio em posição fática antagônica. Decorre disso que a realização do princípio (x) – dadas as condições fáticas – implica a restrição do princípio (y).

“O conceito de restrição a um direito surge a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição”¹³³. Tal relação só é evidenciada “a partir da exigência externa do direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”¹³⁴.

Em outras palavras, as restrições de direitos fundamentais justificam-se pelas exigências de proteção e prestação, na maior medida possível.

Nesse sentido, cabe destacar que: “Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”¹³⁵.

Dessa forma, em uma leitura pelo viés da restrição: princípio é dever-ser *prima facie* que depende para a sua realização de uma não-restrição. “Estas posições ou direitos *prima facie* somente garantirão direitos fundamentais definitivos caso satisfeito o tipo normativo do direito fundamental e não satisfeito qualquer cláusula restritiva deste direito”¹³⁶. Restrições podem advir de outros princípios, como também de regras. No caso de advirem de princípios, há um espaço para o aplicador do direito, mediante análise fática e jurídica, lançando mão do princípio da proporcionalidade, aferir o grau de restrição limitante da realização de um princípio.

No caso de advirem de regras, de antemão, o legislador já fez a análise da proporcionalidade, quando da feitura da lei. Aqui, importa destacar que, por uma questão de coerência e hierarquia de leis, restrições de direitos fundamentais são sempre direta ou indiretamente estabelecidas por normas constitucionais.

“Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos mediante norma de nível constitucional ou por meio de normas infraconstitucionais, porém, neste caso, mediante autorização da constituição”¹³⁷.

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.277.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.281.

¹³⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

¹³⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

Assim, o grau de realização de um princípio depende de uma regra que lhe sirva de restrição, ou melhor, de uma não restrição. Para este estudo, importa destacar que o direito à moradia pode ser restringido: (1) diretamente pela Constituição, no caso de colisão direta com outro direito fundamental, ou por meio de uma regra constitucional restritiva; (2) indiretamente pela Constituição, por meio de uma norma infraconstitucional.

Nesse segundo caso – restrição infraconstitucional – cabe aferir se tal restrição é autorizada pela Constituição, bem como se é proporcional ao caso considerado.

Representação do exposto:

- (NRI) Norma Restritiva Infraconstitucional que é composta de hipótese literal + elemento teleológico, sendo que o elemento teleológico é vinculado diretamente a Constituição;
- (DFM) Direito Fundamental à Moradia é restringido por (NRI);
- Caso (NRI) venha a ser aplicada, em seu elemento teleológico, deve ser considerada a norma (DFM), para se aferir o meio menos restritivo a (DFM).

Assim, a realização do direito fundamental à moradia pelo Poder Judiciário, é proporcional ao nível de sua restrição.

3.3 Direito à moradia e aplicação de acordo com as premissas lançadas

Direitos fundamentais podem assumir função de direito de defesa e função de direito prestacional, sendo que a “inclusão dos direitos em um ou outro grupo se baseia no critério da preponderância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem assumir uma dimensão prestacional e vice-versa”¹³⁸.

Decorre disso que o direito à moradia, embora seja classificado como um direito prestacional, na medida em que prepondera a sua dimensão positiva, como todo direito fundamental, ele também tem uma dimensão de defesa.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 166.

Assim, nessa “dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito, muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação”¹³⁹, bem como das possíveis consequências jurídicas que de suas duas dimensões (de defesa e de prestação) se pode formular.

É nesse contexto que se coloca a questão de como o Poder Judiciário pode dar eficácia ao direito à moradia, seja em sua dimensão prestacional (positiva), seja em sua dimensão de defesa (negativa). Neste ponto a pergunta que se faz é: quais os parâmetros a serem seguidos para a realização desse direito fundamental do homem? A resposta a essa indagação, à luz de uma teoria do discurso do estado constitucional democrático, deixou-se formular por algumas premissas já lançadas e que desta forma podem ser resumidas:

1. A moradia elevada a direito fundamental pelo artigo 6º da Constituição Brasileira é norma-princípio (dever-ser *prima facie*) extraída da combinação desse artigo com o parágrafo 1º do artigo 5º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).
2. Como o direito à moradia é norma-princípio, sua aplicação se dá por ponderação, momento em que deve ser considerado o princípio da proporcionalidade em suas máximas da adequação, necessidade e ponderação, para que um princípio seja realizado na maior medida possível, enquanto outro em posição antagônica seja restringido no menor grau devido.
3. A efetividade de uma norma-princípio depende de uma não restrição, e restrições a normas de direito fundamental são sempre direta ou indiretamente constitucionais, sendo que podem advir de outros princípios como também de regras.
4. Por fim, os argumentos utilizados na fundamentação jurídica devem ser sempre imanentes ao sistema jurídico e, sobretudo, sistemáticos, sendo que, no caso do direito à moradia, por ser uma norma de direito

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro e fevereiro, 2009, 2010. p. 21. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf) acesso em: 10 de outubro de 2011.

fundamental, quando estiver em posição de restrição infraconstitucional, deve ser considerado no elemento teleológico da norma que o restringe.

Das considerações apresentadas e cotejando as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que a forma como foram julgados os Embargos Infringentes Nº 70011294998 (item 2.1.1.1.1 deste trabalho) é a que melhor se coaduna com a teoria do discurso do estado constitucional democrático e isso por duas razões: (1) os argumentos lançados, de acordo com uma interpretação sistemática, consideraram no elemento teleológico da norma que restringia o direito à moradia, no caso fático, o próprio direito à moradia, bem como os compromissos constitucionais de erradicação da pobreza; (2) a par disso, lançando mão do princípio da proporcionalidade, concluiu-se que o meio menos gravoso e proporcional ao grau de restrição do direito à moradia seria condicionar a realização das normas de ordenamento da cidade a um plano de realocação das pessoas que estavam com o seu direito à moradia sob risco de violação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito à moradia é um direito fundamental do homem que se revela, no âmbito fático, como elemento de satisfação das necessidades básicas (saúde e autonomia) e no âmbito jurídico, deixa-se preencher por padrões de satisfação indicados pela dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito Brasileiro. A partir dessa premissa, e tomando como referência a Constituição Brasileira, infere-se que o direito à moradia está intrinsecamente ligado aos objetivos fundamentais do Estado Constitucional Brasileiro, aos direitos da personalidade e a função social da propriedade.

O direito fundamental à moradia está intimamente ligado aos objetivos fundamentais do Estado Social Brasileiro, na medida em que aquele é meio idôneo para a realização destes. Depreende-se desse raciocínio ser a moradia digna um dos mecanismos para a erradicação da pobreza e a eliminação das desigualdades sociais.

O elo que une o direito à moradia aos direitos da personalidade reside em uma habitação provida de serviços essenciais básicos e de proteção jurídica contra invasões arbitrárias. Por exemplo, a falta de infraestrutura e de saneamento básico inviabilizam a integridade da vida, assim como a insegurança jurídica acerca da posse permite abusos contra a intimidade, afrontas graves a posições jusfundamentais do homem.

O direito fundamental do homem à moradia pode ser assegurado pela função social da propriedade (posse, uso efetivo para moradia). Isso é tão verdade que o constituinte, sob o fundamento do direito à moradia, instituiu a usucapião constitucional como forma de aquisição originária da propriedade; leitura que se faz dos artigos 5º, XXIII, 183 e 191, todos da Constituição Brasileira.

É nesse contexto que se colocou a questão de como o Poder Judiciário pode dar eficácia ao direito à moradia, seja em sua dimensão prestacional (positiva), seja em sua dimensão de defesa (negativa). Como visto, os parâmetros de aplicação desse direito fundamental, à luz de uma teoria do discurso do estado constitucional democrático, deixaram-se formular pelas seguintes premissas:

(a) A moradia elevada a direito fundamental pelo artigo 6º da Constituição Brasileira é norma-princípio (dever-ser *prima facie*) extraída da combinação desse

artigo com o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Brasileira (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

(b) Como o direito à moradia é norma-princípio, sua aplicação se dá por ponderação, momento em que deve ser considerado o princípio da proporcionalidade em suas máximas da adequação, necessidade e ponderação, para que um princípio seja realizado na maior medida possível, enquanto outro em posição antagônica seja restringido no menor grau devido.

(c) A efetividade de uma norma-princípio depende de uma não restrição, e restrições a normas de direito fundamental são sempre direta ou indiretamente constitucionais, sendo que podem advir de outros princípios ou de regras.

(d) Por fim, a argumentação utilizada na fundamentação jurídica deve ser sempre imanente ao sistema jurídico e, sobretudo, sistemática, sendo que, no caso do direito à moradia, por ser uma norma de direito fundamental, sempre nas posições em que ele se encontre em jogo, deve ser considerado no elemento teleológico da norma que o restringe, sob pena de ser violado.

Tem-se que esse arranjo é condizente com a formação de parâmetros para a realização do direito à moradia pelo Poder Judiciário, de modo a gerar precedentes que possam ser universalizados. Dessa forma, ter-se-á um equilíbrio entre segurança jurídica e a correção quanto ao conteúdo do direito, sempre considerando que o Estado Brasileiro é um estado nitidamente social.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliana Maria Barreiros. *O direito à Moradia nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia de M. *Para além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia: Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: FASE, 1997.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Nº 21, janeiro/fevereiro/março Disponível na Interet: [<HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf) > acesso em: 15 de outubro de 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norbero; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário Político*. 13ª edição Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Ed. 6ª. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da Liberdade: A leitura Moral da Constituição Norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Parte Especial: Direito das Coisas*, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). In: AZEVEDO, Junqueira (org). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

LEFEBVRE, Henri. *A Revolução Urbana*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos. 1999.

M. ESTEVES, João Luiz. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

OSÓRIO, Letícia Marques. *Direito à Moradia Adequada na América Latina*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. *A concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade*. In: ALFONSIN, Betânea e FERNANDES, Edésio (orgs). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. 1ª Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. Volume IV. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEC, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Ed. 9ª. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida Digna. Direito, Ética e Ciência*. In: _____(org). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 11-174.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro e fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf) acesso em: 10 de outubro de 2011.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *A propriedade Agrária e suas Funções Sociais*. In. -----;XAVIER, F.S (Org.) *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p 11-25.

SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2ª ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil*. In. Martins-Costa, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, RT, 2002. p.843-861.