

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Kely Eliane da Silva Darde

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Porto Alegre

2018

KELY ELIANE DA SILVA DARDE

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2018

*“Todo dia o sol da manhã vem e lhes desafia
Traz do sonho pro mundo, quem já não o queria
Palafitas, trapiches, farrapos
Filhos da mesma agonia*

*E a cidade que tem braços abertos num cartão postal
Com os punhos fechados na vida real
Lhe nega oportunidades
Mostra a face dura do mal*

*Alagados, Trenchtown, Favela da Maré
A esperança não vem do mar
Nem das antenas de TV
A arte de viver da fé
Só não se sabe fé em quê
A arte de viver da fé
Só não se sabe fé em quê”*

Os Paralamas do Sucesso

Alagados (1986)

RESUMO

O presente trabalho objetiva fazer uma análise sobre o direito à moradia, sua origem, formas de efetivação e o tratamento dado pelo Poder Judiciário. Para tanto, o trabalho foi elaborado em três grandes partes, buscando deixar o conteúdo de forma mais clara. Na primeira parte, realizou-se um estudo sobre os direitos fundamentais, visando conceitua-los, através de uma breve passagem por sua história. Ainda nessa parte, foram analisadas as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, merecendo destaque o enquadramento do direito à moradia, enquanto direito fundamental de segunda dimensão, que tem como noção o caráter de prestacional do Poder Público, enquanto destinatário do assecuramento do direito. Além disso, se aborda a classificação constitucional dos direitos fundamentais. Na segunda parte do trabalho, se passa à análise do direito à moradia propriamente dito, buscando conceitua-lo, bem como analisar sua evolução histórica. Depois é feito um cotejo da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, no sentido identificar a relação entre ambos. Mais adiante se analisa o direito à propriedade em face do direito à moradia. Na terceira e última parte, examina-se a moradia no Brasil, apresentando-se o déficit habitacional brasileiro, depois se relata algumas das principais formas de efetivação do direito à moradia e, por derradeiro, o papel do Poder Judiciário na efetivação desse direito.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Dimensões dos Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direito à Moradia.

ABSTRACT

The Present written paper has the purpose housing right, its origin, forms of effectiveness and the treatment given by the Judiciary. For this, the paper was elaborated in three large parts, intending to make the subject clear for understanding, a study was carried out on fundamental rights, aiming to conceptualize them, through a brief passage through their history. Even in this part, the generations or dimensions of fundamental rights have been analyzed, deserving a special featured of the housing right framework, while fundamental right of second dimension, which is based on the State utility, as a recipient of the right guarantee. Besides that, the paper approaches the constitutional classification of fundamental rights. In the second part of the paper, the housing right is analyzed, giving to a concept, as well as presenting its historical evolution. Then it is made a cotejo of the dignity of the human person and the right housing, trying to identify the relationship between the two. Further on, the right to property is analyzed in relation to the housing righth. In the third and final part, we examine the housing in Brazil, presenting the Brazilian housing deficit, then reports some of the main ways of effective the housing rights. Finally, we report the role of the Judiciary in the realization of this right.

Key words: Fundamental Rights. Dimensions of the Fundamental Rights. Social Rights. Housing.

SUMÁRIO:

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	9
2.1	CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
2.2	GERAÇÕES/DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.3	CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
3.	DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.	16
3.1	CONCEITO DE DIREITO À MORADIA.	16
3.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA.	20
3.3	O DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	22
3.4	O DIREITO À MORADIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE.	24
4.	O DIREITO À MORADIA NO BRASIL	26
4.1	O DÉFICIT HABITACIONAL BRASILEIRO.	26
4.2	FORMAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA.	27
4.2.1	Usucapião Especial Urbana	27
4.2.2	Concessão de Uso para Fins de Moradia.	29
4.2.3	Desapropriação Urbana	31
4.2.4	Bem de Família	34
5.	A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO À MORADIA.....	37
6.	CONCLUSÃO.....	40
7.	REFERÊNCIAS.....	42

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser considerados como um conjunto de direitos do indivíduo ligados à sua própria existência. Tais direitos estão relacionados à condição de vida com dignidade.

Os direitos fundamentais possuem três dimensões/gerações, assim definidas conforme o momento de evolução histórica do homem, momento em que são reconhecidos novos direitos, mas com a permanência daqueles já existentes.

Dessa forma, a ideia de direitos fundamentais está ligada a relação havida entre Estado e indivíduo, no que tange à limitação do Poder estatal em face dos direitos de cada cidadão, bem como ao dever prestacional, no sentido de proporcionar condições dignas de vida.

Nessa linha, surge o direito à moradia, vinculado à gama de direitos de segunda dimensão, denominados direitos sociais.

No Brasil, o direito à moradia foi expressamente reconhecido através da Emenda Constitucional nº 26/2000, apesar de, de maneira implícita já estar garantido em outros dispositivos constitucionais.

O direito à moradia é hoje uma grande preocupação dos governantes em quase todo o mundo. Principalmente no Brasil, que experimenta toda a sorte de carências materiais, incapaz de assegurar a toda sua população condições para uma vida com dignidade.

O aumento da população urbana visto nas últimas décadas fez com que também, nesse passo houvesse um aumento exponencial na busca por moradias. Cada vez mais a população em grandes centros urbanos tem dificuldade em conseguir uma moradia, que proporcione condições dignas de vida.

A ideia de moradia digna significa ter a possibilidade de viver em um local com condições adequadas de habitação, com acesso a meio de transporte próximo, além de posto de saúde, escola, praça, supermercado, entre outros ligados à qualidade de vida.

Nesse sentido, o legislador tratou de criar instrumentos como maneira de assegurar ao cidadão de baixa renda meios de conseguir sua morada. Podemos citar a Usucapião de Imóvel Urbano, que flexibiliza as condições para aquisição da propriedade de um bem, no qual o indivíduo esteja na posse, reduzindo o prazo para 5 anos, desde que o imóvel possua até 250m².

Outro meio de atingir esse desiderato é a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, que veio a solucionar a situação daqueles que ocupam áreas públicas. Também a possibilidade de desapropriação de imóveis subutilizados, como forma de promover o adequado ordenamento do território.

Destacamos ainda, a proteção especial trazida ao bem de família, que torna impenhorável e inalienável o imóvel em que um grupo familiar reside, mediante determinados requisitos.

Contudo, não obstante a preocupação dos governantes, na última década houve um aumento significativo do déficit habitacional no país, chamando à atenção para o crescimento do número de habitações precárias.

É nesse contexto, que diante da falta de habitações suficientes e necessárias a população, que cada vez mais se tem buscado uma solução junto ao Poder Judiciário no sentido de que seja viabilizada moradias para a população de baixa renda. No entanto, muitas decisões judiciais ao adentrarem na matéria de política pública, tem originado o que se convencionou chamar de ativismo judicial. O ativismo judicial deve ser visto com cautela, já que diante da inércia do Poder Público, o Judiciário faz o papel de administrador e decide situações que demandam recursos e planejamento público, o que pode significar afronta ao Princípio da Separação de Poderes.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nasceram da ideia de assegurar a dignidade do ser humano, protegendo determinados direitos mais valiosos. Segundo a doutrina, os direitos fundamentais têm sua origem em diversas fontes, apontando como as principais o jusnaturalismo e o cristianismo.

O cristianismo contribuiu na medida em que afirmou a igualdade entre os homens criados à imagem e semelhança de Deus, enquanto o direito natural atribuiu uma série de direitos do homem inerentes a sua condição humana em sobreposição ao Estado. Nas exatas palavras de Gilmar Mendes:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.¹

Os direitos fundamentais são estudados por diversos autores atribuindo-lhes terminologias variadas, mas que trazem no seu bojo, a ideia precípua de um direito ligado a própria existência humana, anterior a concepção do próprio Estado e a ele oponível. Dessa forma, é possível dizer que os direitos fundamentais guardam uma relação direta com a garantia da vida, da liberdade e da igualdade de condições entre os homens, no sentido de assegurar uma existência digna. Na definição de Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.²

Na literatura jurídica diversas são as nomenclaturas adotadas para denominar os direitos fundamentais: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades

¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136.

²MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20

individuais, liberdades públicas, entre outros. Por tal razão, necessário se faz abordar a questão, no sentido de delimitar e traçar os devidos contornos do conteúdo tratado.

Ao optar pela denominação Direitos Fundamentais do Homem, José Afonso da Silva aborda seu significado diante da ideologia política de cada ordenamento jurídico, como fonte de garantia de prerrogativas e instituições positivadas.

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 que trata-se 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 fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. E 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. 17.³

Contudo, a definição “Direitos Fundamentais” adotada por Ingo Sarlet, se baseia no direito positivado e na denominação adotada por nossa Constituição Federal, enquanto distingue da expressão “Direitos Humanos”, definindo esta como a utilizada na seara internacional:

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁴

Não obstante a terminologia adotada por cada autor, impende destacar que a concepção de direitos fundamentais está ligada a relação havida entre Estado e indivíduo, no que tange à limitação do Poder estatal em face dos direitos de cada cidadão. O Estado criado para proteger o homem enquanto coletividade cede espaço ao homem enquanto indivíduo, que afirma seus direitos em face do Poder Estatal.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 180.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁵

Nesse sentido, a concretização do direito à moradia é imprescindível ao indivíduo como uma das necessidades básicas do homem para o alcance da dignidade humana. Conforme veremos mais adiante, o direito à moradia se insere nos direitos fundamentais de segunda geração ligados a uma prestação social do Estado ao cidadão, como forma de garantir a igualdade social.

2.2 GERAÇÕES/DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais em sua evolução histórica podem ser identificados em gerações ou dimensões. Cada geração abrange um aspecto a ser salvaguardado, conforme o momento histórico, cultural, social e econômico em que foi concebida. Cumpre esclarecer que a denominação dimensão ou geração são aqui tratadas como sinônimos, não obstante o tratamento dado por diversos autores ao optarem por uma ou outra.

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as *liberdades públicas*. A segunda virá logo após a Primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os *direitos sociais*. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade. As três gerações, como o próprio termo gerações indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem “famílias”, de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares.⁶

São apontadas três dimensões/gerações de direitos fundamentais, cada qual assinalando o momento de reconhecimento de novos direitos sem que haja, no entanto, a desvalia daqueles já então existentes.

Os direitos de primeira geração são conhecidos por estarem relacionados às liberdades do homem, limitando a atuação do Estado em razão de liberdades fundamentais do indivíduo.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136.

⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

Têm-se que tais direitos são fruto do pensamento liberal-burgês do século XVIII de caráter eminentemente individualista e visam assegurar os direitos do indivíduo em face do Estado.

Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio.⁷

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, historicamente os direitos de primeira geração foram referidos nas Revoluções das Colônias Americanas e na Revolução Francesa. Tem forma de declaração, pois nada mais são do que direitos naturais do homem declarados, já que pré-existente ao próprio Estado, exsurgem-se da natureza humana e devem ser afirmados como forma de garantir que não sejam aviltados pelo Governo.

Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são *naturais*, portanto.

Ora, vinculados à natureza, necessariamente são *abstratos*, são do Homem, e não apenas de franceses, de ingleses etc.

São *imprescritíveis*, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano.

São *inalienáveis*, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza.

São *individuais*, porque cada ser humano é um ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só se completa na vida em sociedade).

Por essas mesmas razões, são eles *universais* – pertencem a todos os homens, em consequência estendem-se por todo o campo aberto pelo serhumano, potencialmente o universo.⁸

Os direitos de segunda geração são ditos direitos sociais, oriundos da constatação de que a afirmação dos direitos de primeira geração era insuficiente para garantia das liberdades e igualdade no plano material. A crise econômica e social que assolava o mundo, no século XIX, com a industrialização e o crescimento demográfico agravaram as disparidades sociais. Não bastava a garantia das liberdades sem que ao cidadão fossem dadas condições mínimas de usufruí-las. Dessa forma, era necessário que o Estado intervisse para que fossem assegurados tais direitos.

Assim, começaram, a serem reconhecidos os direitos sociais, cuja denominação não vem da ideia de garantia a direitos coletivos, mas de garantia de justiça social. Somente com a

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

intervenção do Poder Público poderiam ser suplantadas desigualdades sociais assegurando aos cidadãos acesso à saúde, educação, moradia, trabalho. Enfim, uma gama de direitos intimamente ligados à condição digna de vida.

Note-se que o Estado agora além de deixar de intervir nas liberdades tem um papel essencial e prestacional positivo, para garantir a igualdade como forma de trazer a justiça social.

O autor Ingo Sarlet ao comentar o tema menciona que os direitos de segunda dimensão não se restringem a direitos de cunho positivo, abrangendo as liberdades sociais.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.⁹

Nesse contexto podemos afirmar que o direito à moradia se insere como sendo um direito de segunda geração, conquanto direito social que demanda uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir aos cidadãos condições dignas de vida.

Norberto Bobbio chama atenção à antinomia havida entre os direitos de primeira e segunda gerações, salientando que, enquanto os direitos de primeira geração, ligados à liberdade dos indivíduos, demandam uma abstenção estatal para garantia dessa liberdade, os direitos de segunda geração, por seu turno, exigem prestações positivas por parte do Estado. Dessa forma, a positivação dos direitos de segunda geração, redundam na restrição das liberdades de primeira geração.

Do caso até agora exposto, no qual se revela um contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de uma outra categoria, é preciso distinguir um caso que põe ainda mais gravemente em perigo a busca do fundamento absoluto: aquele no qual se revela uma antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas. Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda.¹⁰

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direitos de solidariedade e têm como marco diferencial dos demais o fato de não possuírem como seu titular o homem isoladamente considerado. Pertencem à coletividade, já que destinado a grupos de indivíduos com elo em comum. No rol desses direitos podemos citar o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à comunicação, entre outros.

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.¹¹

Ressalta Ingo Sarlet que muitos desses direitos de terceira dimensão ainda não foram positivados no direito constitucional, mas já estão ao abrigo do direito internacional.

No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.¹²

Cumprido destacar que os direitos fundamentais de primeira e segunda geração permanecem válidos, não há uma substituição de direitos pelos das gerações posteriores. Na realidade, os direitos de segunda e terceira dimensão também possuem em sua trajetória a função de garantir e reafirmarem os direitos de primeira geração.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Tradução Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 14-15.

¹¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49.

2.3 CLASSIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais vêm catalogados em nossa Constituição Federal de 1988 no Título II, que se subdivide em cinco capítulos a saber: direitos individuais e coletivos; direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Segundo a definição de Alexandre de Moraes:

- *direitos individuais ou coletivos* – correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. (...)
- *direitos sociais* – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos do nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;
- *direitos de nacionalidade* – nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga o indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção, e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;
- *direitos políticos* – conjunto de regras que disciplinam a forma de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. (...)
- *Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos* – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.¹³

Não obstante, a Constituição Federal deixa claro que além dos direitos previstos no Título II outros também são constitucionalmente assegurados, tendo em vista o regime democrático e os tratados internacionais.

O constitucionalista José Afonso da Silva, por seu turno, ao classificar os direitos fundamentais esclarece que podem ser agrupados conforme seu conteúdo, natureza do bem protegido e o objeto de tutela.

A classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. O critério da fonte leva em conta a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias fundamentais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que *os direitos e garantias previstos*

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-24.

*neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Daí, as três fontes de direitos e garantias: (a) os expressos (art. 5º, I ao LXXVIII); (b) os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; (c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.*¹⁴

Contudo, atualmente, a grande preocupação vai além de conceituar ou mesmo classificar os direitos fundamentais e sim gravita ao entorno da forma de resguardá-los, enquanto corolários da dignidade do ser humano. Uma vez reconhecida a existência desses direitos como anteriores a criação do próprio Estado e, ainda, considerando esse um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, a proteção de ditos direitos mostra-se como sendo de inegável relevância.

Nesse sentido, esclarece Norberto Bobbio:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.¹⁵

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 184.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Tradução Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15-16.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

3.1 CONCEITO DE DIREITO À MORADIA

O direito à moradia insere-se no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão e, enquanto direito social, demanda uma prestação positiva do Poder Estatal, pois exsurge na necessidade do indivíduo de ter um lar, uma casa, um lugar para descansar, habitar. Podemos afirmar que desde os primórdios da humanidade o homem sempre buscou um local para ser abrigar, seja para fugir de seus predadores, seja para se alimentar, criar seus filhos, enfim, a ideia de moradia permeia a própria existência humana.

A moradia é ínsita a condição de dignidade do homem, se assim não o fosse, moradores de rua, por exemplo, não estariam em situação vulnerável e não imprimiriam uma imagem de desolação, pois não é só a pobreza que chama a atenção, mas também e, principalmente, a visão de não ter para onde ir, onde ficar, não ter paradeiro.

Ter uma residência abrange também a noção de proteção à intimidade, à privacidade e, em última análise a própria vida. O artigo 5º da Constituição Federal ao elencar os direitos e garantias individuais resguarda o direito à intimidade, à privacidade e a inviolabilidade de residência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a **intimidade**, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - **a casa é asilo inviolável do indivíduo**, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;¹⁶
(grifamos)

O asseguramento de referidos direitos perpassa pela ideia de garantia do direito à moradia, tendo em vista que a inviolabilidade de domicílio, a intimidade e a proteção da vida

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

privada, são direitos que para sua realização efetiva demandam a existência de um lar, de uma moradia, na qual estarão garantidos de qualquer ameaça.

O direito à moradia veio expressamente assegurado no texto da Constituição Federal de 1988 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000. Todavia, a Constituição de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, já trazia em seu texto original dispositivos que asseguravam esse direito. De maneira indireta, ele vem resguardado em diversos outros dispositivos, como naqueles já citados.

No artigo 23, IX, da Constituição Federal está prevista a competência comum da União, Estados e Municípios a promoção da construção de moradias. Tal enunciação nada mais é do que norma para a realização de política pública, em caráter de prestação positiva pelo Estado, na consecução do direito à moradia.

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.”¹⁷

Portanto, resta claro o papel do Estado na realização e concretização à habitação do cidadão, ainda que, num primeiro momento, não tenha vindo expresso no texto constitucional. Todavia, em diversos dispositivos esparsos podemos constatar a presença, ainda que de forma indireta desse direito social.

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição Portuguesa (art. 65). Em suma, que seja uma habitação digna e adequada, como quer a Constituição Espanhola (art. 47). Nem se pense que estamos aqui reivindicando a aplicação dessas constituições ao nosso sistema. Não é isso. É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é o asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia, não fosse assim seria um direito empobrecido.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 318-319.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 26, o direito à moradia foi expressamente inserido no texto constitucional. Apesar de não sinalizar no sentido de mencionar o conteúdo e a extensão desse direito, é possível através de uma análise sistemática da CRBF 1988, bem como dos documentos internacionais então vigentes delinear o que seria a realização desse direito.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)¹⁹

A título de conhecimento, recentemente, através da Emenda Constitucional nº 90/2015 o artigo 6º foi alterado para incluir como direitos sociais a alimentação e o transporte.

Neste contexto, importante frisar que, embora nossa Constituição não tenha traçado os contornos, para o entendimento do direito à moradia, por outro lado, o Brasil, enquanto signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pode recorrer-se a esses para buscar um conceito de moradia que atenda ao mínimo de existência digna do indivíduo.

Considerando o silêncio da nossa Constituição no que diz com a definição mínima de um conteúdo para a definição de direito à moradia, assume lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporado ao direito interno. Estes, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, possuem hierarquia constitucional na condição de direitos fundamentais em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa – de bloco de constitucionalidade. Assim, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, verifica-se, desde logo, que, na interpretação do conteúdo de um direito à moradia, há que se considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências da Organização Mundial da Saúde, no sentido de completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física.²⁰

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

²⁰ 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, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>>. Acesso em: 16 junho. 2018.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os direitos sociais passaram a ser reconhecidos no pós primeira Guerra Mundial. Um dos documentos mais importantes, nesse contexto, foi a Constituição de Weimar, na Alemanha, no ano de 1919.²¹

Naquela época, diante do avanço do liberalismo político e econômico, houve, por outro lado um agravamento na crise social, com o empobrecimento da classe trabalhadora, que vivia em condições subumanas. Os empregados da época enfrentavam uma elevada carga horária de trabalho e baixos salários, ficando à margem da sociedade e ao acesso aos benefícios. A riqueza que era produzida concentrava-se nas mãos de poucos que enriqueciam cada vez mais. Dessa forma, as lutas de classes e as reivindicações dos trabalhadores surgiam com mais força.

Diante desse panorama, começaram a nascer instrumentos para o atendimento das reivindicações da classe trabalhadora. A Igreja Católica veio a apoiar essa série de demandas com a Doutrina Social Cristã e a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, editada pelo Papa Leão XIII, que continha as ideias do bem comum e da vida humana digna.²²

A Constituição francesa de 1948 também é considerado um dos documentos mais importantes para o reconhecimento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, em relação aos direitos sociais podemos ressaltar o reconhecimento da proteção ao trabalho.

A Constituição Mexicana de 1917 se destaca pelo seu nacionalismo, a reforma agrária e os direitos dos trabalhadores. Já o tratado de Versalhes, 1919, ao trazer as condições de paz entre aliados e alemães, trouxe a Constituição da Organização Internacional dos Direitos dos Trabalhadores (OIT).²³

Contudo, conforme já dissemos foi a Constituição de Weimar, editada no pós Guerra, em 1919, que ao estabelecer os direitos e deveres fundamentais dos Alemães, previu a sujeição da propriedade privada à sua função social.

²¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84.

²² *Ibidem*, p. 93.

²³ *Ibidem*, p. 99.

Todos esses documentos serviram como embasamento para os direitos sociais, que foram paulatinamente conquistados pelos cidadãos, mas foi a Organização das Nações Unidas (ONU), que, em 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), reconheceu o direito à moradia pela primeira vez, em âmbito internacional.

Art. XXV. Todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.²⁴

Ainda no plano internacional, podemos citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, que em seu art. 11 enuncia:

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.²⁵

O PIDESC passou a ser reconhecido e executado no Brasil em 1992 através do Decreto Presidencial nº 591/92, que ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o referido Pacto. Nesse documento, o termo moradia vem qualificado pela expressão “moradia adequada”, ou seja, já há uma sinalização de que não basta ter a moradia, mas essa tem que ser adequada a suprir as necessidades básicas do indivíduo.

Além dos documentos já citados, o direito à moradia também vem assegurado em diversos tratados em âmbito internacional, dos quais mencionamos A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989). Todos esses instrumentos de caráter específico destinados a proteger determinados grupos em situação de vulnerabilidade, asseguram também o direito à moradia.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 16 de dezembro de 1966. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm > Acesso em: 18 junho. 2018.

²⁵ ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

< <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> > Acesso em: 18 junho. 2018.

Em 1976, a Conferência das Nações Unidas, na cidade de Vancouver, resultou na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver – Habitat I. Nesse documento, a moradia foi relacionada como condição para a melhoria da qualidade de vida, dispondo em sua Seção II.1 que²⁶:

“A melhoria da qualidade de vida dos seres humanos é o primeiro e mais importante objetivo de qualquer política de assentamento humano. Estas políticas devem facilitar a melhoria rápida e contínua da qualidade de vida de todas as pessoas, começando com a satisfação das necessidades básicas de alimentação, abrigo, água limpa, emprego, saúde, educação, formação, segurança social, sem qualquer discriminação no que se refere a raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia, origem nacional ou social ou outras causas, no quadro da liberdade, dignidade e justiça social”²⁷;

A segunda Conferência das Nações Unidas trouxe a Agenda Habitat – II, ocorrida em Istambul, 1996 e, recentemente, a Agenda Habitat – III, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Urbano Sustentável, de 2016, trouxe diretrizes para um desenvolvimento urbano sustentável.

3.3 O DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, abarcado por nossa Constituição Federal em seu artigo 1º é um dos Princípios Fundamentais da nossa República Federativa. Isso significa dizer que a dignidade do homem é um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana é a fonte de tantos outros Princípios Fundamentais, que assim o são, também por estarem ligados ao núcleo indispensável a existência do homem de forma digna. Nas palavras de Ingo Sarlet:

Que também os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (isto é, atuando como direitos positivos), - constituem pelo menos em boa parte – exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, nos parece inquestionável.²⁸

²⁶ MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. **Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais** (Locais do Kindle 757-761). Edição do Kindle.

²⁷ *Ibidem*, Locais Kindle 751-761.

²⁸ 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, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>>. Acesso em: 16 junho. 2018.

A dignidade da pessoa humana vem relacionada com a ideia da própria existência do homem. Ao indivíduo não são dadas condições de viver sem ao menos ter assegurado um mínimo de dignidade. Aquele que, em sua existência, não possui qualidades mínimas de dignidade, apenas sobrevive. Sobreviver significa viver à margem da sociedade, de maneira que falte requisitos necessários para uma vida digna. O homem que apenas sobrevive é aquele desprovido de direitos mínimos que tornam sua vida uma busca diária para continuar existindo, seja por falta de alimento, saúde, moradia, entre outros.

Nesse sentido, moradia é um pressuposto inafastável para o atingimento dessa condição e, juntamente com outros direitos fundamentais, trazem ao homem uma condição digna de vida.

Os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade.²⁹

Impende referir que a Constituição Federal define como uma das prioridades da União a realização de programas e políticas de desenvolvimento urbano, de acordo com o artigo 21, inciso XX.

Art. 21. Compete à União:

(...)

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;³⁰

Não obstante o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, muitos cidadãos vivem em condições indignas de moradia. Infelizmente, apesar de vivermos em um Estado Democrático de Direito, a ausência de condições materiais, aqui entendidas como financeiras, agem como limitadora da atuação do Poder Público, no sentido de viabilizar moradia digna à população.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 junho. 2018.

3.4 O DIREITO À MORADIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Como consectário natural de uma afirmação global do direito à moradia, fortalecida em diversas esferas jurídicas, houve uma relativização do direito à propriedade cedendo espaço a noção de função social. Nesse sentido, temos que o direito de propriedade será protegido desde que esta esteja cumprindo com sua função social.

Dessa maneira, podemos verificar que a visão do direito de propriedade passou de absoluta e incontestável para uma readequação de acordo com o atingimento de sua função social. Ou seja: hoje o direito de propriedade não é por si só oponível contra todos é necessário que esta propriedade cumpra sua função social. A Constituição Federal de 1988 ao garantir o direito fundamental de propriedade, o faz assegurando logo em seguida que ela atenda a sua função social. Desse modo, a Carta Maior corrobora explicita a ideia de relativização do direito de propriedade.

Do embate entre o *individual* e o *social* resultou a composição de interesses, numa síntese feliz em que se conciliaram as prerrogativas do indivíduo com as exigências da sociedade, para uma melhor justiça distributiva. Dessa conciliação nasceu a fórmula da nossa Constituição de 1946: é garantido o direito de propriedade, desde que exercido em consonância com o bem-estar social (arts. 141, §16, e 147), reproduzido, com outras palavras, na Emenda Constitucional 1/1969 (art. 160, III) e reafirmado na Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, XXII e XXIII e 170, II e III). Evoluímos, assim, da propriedade-direito para a propriedade-função. A Constituição de 1988, ao fixar os contornos do direito de propriedade, consolidou essa transformação; tanto o direito de propriedade quanto sua função social foram incluídos entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII).³¹

Nesta linha, podemos referir ainda os artigos 182 e 184 da CRBF de 1988, ao dispor sobre a política de desenvolvimento urbano, bem como sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, respectivamente, reafirmam que, o proprietário, tanto do imóvel urbano quanto do rural, devem observar o atingimento da função social do imóvel.

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.

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

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; DALLARI, Abreu Adilson e SARNO, Daniela Libório. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 28-29.

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.³²

O objetivo aqui é impedir a subutilização de imóveis que poderiam servir de moradia a diversas famílias, evitando assim, espaços livres em centros urbanos de grande densidade demográfica a grande maioria destinado a especulação financeira imobiliária.

No que tange ao imóvel rural, o atingimento da função social se dará precipuamente com a produtividade da terra.

Contudo, apesar da previsão constitucional, o direito à propriedade continua a prevalecer e o preenchimento de sua função social não chega ao ponto de se estabelecer a concreção do direito habitacional pela via jurídica. Conforme veremos mais adiante, o não cumprimento da função social da propriedade, pode resultar na expropriação do bem pelo Estado, mas ainda assim, o proprietário terá direito à indenização em títulos da dívida pública ou agrária.

Estamos em crer que, ao lume do direito positivo constitucional, a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza.³³

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 junho. 2018.

³³ MELLO, *apud* MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. **Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais** (Locais do Kindle 938). Edição do Kindle.

4. O DIRETO À MORADIA NO BRASIL

4.1 O DÉFICIT HABITACIONAL BRASILEIRO

Apesar do texto constitucional prever expressamente o direito à moradia como sendo direito social fundamental, bem como ao lado de programas nacionais de habitação, visando reduzir os custos para aquisição da casa própria no país, a concretização da moradia digna à população, ainda assim, apresentou déficit habitacional que teve um crescimento desde 2009 até 2015, data do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, conforme Pesquisa Nacional da Amostra Domiciliar (PNAD).

O déficit habitacional brasileiro atingiu a marca de 7,7 milhões de domicílios, o terceiro pior índice da história, segundo um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) a pedido do Sindicato da Construção do Estado de São Paulo (Sinduscon-SP).

Os dados foram coletados em Pesquisas Nacionais da Amostra Domiciliar (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e se referem ao ano de 2015. O resultado foi apresentado no Encontro Nacional da Indústria da Construção (Enic), em Brasília.

Segundo o estudo, entre os anos de 2009 e 2015 o déficit geral aumentou 5,9%. Os componentes que registraram maior alta foram a **habitação** precária (cresceu 9,2% de 2014 a 2015) e o alto gasto com aluguel, que aumentou 6,4% no mesmo período.³⁴

Desta forma, é imperioso questionar os motivos que determinam esse crescimento, quais as razões que, não obstante o desenvolvimento tecnológico e o aumento na produção de riqueza, geram o aumento de moradias precárias no país. Em excelente trabalho crítico, Rafael Menezes explica o que pode ser um dos motivos para o aumento do déficit.

Todas as garantias de direito à moradia, mais os elevados princípios jurídicos e o aparato judicial existentes, deveriam servir para implementar a habitação para quem não tem. Mas o ordenamento jurídico, visto como um todo, tem cuidado de manter o despojamento do trabalhador e o espaço para acumulação e expansão do capital nos níveis necessários a reprodução deste.³⁵

Neste contexto, é possível afirmar que, boa parte da população brasileira está longe de ver assegurado seu direito fundamental à moradia. Ainda que, nas últimas décadas não tenha

³⁴ LOPES, Natália. **AECweb Revista Digital**. Pesquisa revela crescimento do déficit habitacional, apesar do MCMV. Disponível em: <https://www.aecweb.com.br/cont/n/pesquisa-revela-crescimento-do-deficit-habitacional-apesar-do-mcmv_15798> Acesso em: 30 maio. 2018.

³⁵ MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. **Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais** (Locais do Kindle 1062). Edição do Kindle.

havido políticas públicas no sentido de ver assegurado esse direito, o que se efetivou, na realidade foi um agravamento da desigualdade social impulsionado pelo fomento no ramo habitacional, que, além de inflacionar o valor da moradia, relegou a iniciativa privada a produção de moradias de interesse social.

A dominação da lógica financeira e o controle da produção de habitação de interesse social pelo mercado privado – organizado também pelas estruturas estatais – contribuiu para a dissolução de iniciativas de governos locais e para o empresariamento de movimentos sociais de luta pela moradia e, de uma maneira mais ampla, para a consolidação de uma concepção privada de cidade, consagrando a propriedade privada individual enquanto forma hegemônica de organização desses empreendimentos.³⁶

4.2 FORMAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

4.2.1 Usucapião Especial Urbano Constitucional

A Constituição Federal prevê em seu art. 183 e parágrafos a possibilidade de aquisição de imóvel urbano, mediante prescrição aquisitiva. Esse dispositivo flexibiliza as condições para usucapir o imóvel, a chamada usucapião especial para fins de moradia.

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

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.³⁷

A usucapião especial tem como característica o curto lapso temporal de posse para prescrição (5 anos) ininterruptos. Além disso, o possuidor deverá possuí-la como sua, ou seja, deverá haver o elemento subjetivo da posse, *animus domini*, vontade de ser dono do imóvel. A área a ser usucapida não poderá exceder a 250m², bem como a pessoa não poderá possuir mais de um imóvel. Esses atributos deixam claro a ideia de garantir o direito à moradia para aqueles

³⁶ FILOCOMO, Giuseppe; MARTINS, Lyzandra Machado. Breve Ensaio sobre o Direito à Cidade à Moradia nas Cidades Brasileiras. **Justificando**. São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/04/21/breve-ensaio-sobre-o-direito-a-cidade-a-moradia-nas-cidades-brasileiras>> Acesso em: 16 junho. 2018.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

menos favorecidos, que não tiveram condições de adquirir um imóvel para residir através de outros meios. Salientamos que esse instituto se destina ao imóvel em área urbana, no entanto, também há previsão Constitucional para a usucapião em área rural.

O Estatuto da Cidade criado através Lei 10.257/2001 destina-se a regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Magna e estabelecer diretrizes gerais da política urbana, revestindo-se em valioso instrumento na garantia à moradia digna. Nesse sentido, ele reproduz o previsto no artigo 183 da CRBF, em artigo 9º, mas acrescenta a possibilidade de herdeiros legítimos continuarem tendo, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão, conforme o disposto em seu §3º.³⁸

Ressaltamos que o dispositivo constitucional em seu §3º rechaça a possibilidade de usucapir imóvel público. No entanto, essa inviabilidade já era prevista no Código Civil de 1916, conforme prevê a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.³⁹

Nesse sentido, a Jurisprudência do STF é uníssona, ao afirmar o entendimento da impossibilidade de usucapir imóvel público.

No que concerne à discussão em torno da posse do imóvel propriamente dito, cabe lembrar que, entre as características que envolvem os bens submetidos ao regime jurídico de direito público, podem-se referir sua inalienabilidade e sua imprescritibilidade, regras preservadas nos arts. 100 a 102 do Código Civil e na Súmula STF 340. "Súmula 340. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião." 16. Dessa forma, inexistência de lei federal autorizativa impede que sobre o imóvel se pratiquem atos de posse. Além disso, os atos de mera permissão ou tolerância, como esclarece Tito Fulgêncio, "em si seriam suscetíveis de constituir uma apreensão de posse, mas não engendram nenhum direito de posse, não produzem seus naturais efeitos, porque não se fundam

³⁸ Assim dispõe o artigo: 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.

(...)

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

BRASIL. Lei n.10.257, de 10 de julho de 2001. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 20 de junho. 2018.

³⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cível Originária 685. Autor: União. Réu: Estado de Roraima. Relatora: min. Ellen Gracie, Brasília, 12 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>> Acesso em: 30 junho. 2018.

em obrigação preexistente, (...)" . Nesses termos, o artigo 1.208 do Código Civil estabelece que: "Art. 1208.- 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 clandestinidade".⁴⁰

Portanto, apesar de constituir um grande avanço no sentido de fomentar o exercício do direito à moradia digna, em razão do interesse público preponderante, restou de fora a possibilidade de usucapir bem público.

4.2.2 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia veio para suprir a lacuna diante da inviabilidade de usucapir imóvel público. Ela estava prevista no Estatuto da Cidade, originariamente, nos artigos 15-20, todavia esses dispositivos foram vetados na Lei pelo Presidente da República. No veto foram arguidas imprecisões que poderiam prejudicar a aplicação do instrumento.

Nesse sentido, buscando viabilizar a concretização do direito à moradia em áreas públicas foi editada a Medida Provisória nº 2220/2001, com força de Lei.

Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize 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. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.⁴¹

Dessa maneira, é possível constatar que o instituto da Concessão de Uso tem as mesmas características da usucapião especial de imóvel urbano. Assim como na usucapião o prazo da

⁴⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>> Acesso em: 30 junho. 2018.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 junho. 2018.

posse ininterrupta é de cinco anos, com *animus domini*, limitando a extensão a 250m² e, desde que, o proprietário não possua outro imóvel. Na concessão especial o imóvel é público, enquanto a usucapião se refere a área pertencente a particular. Outra distinção atinge a titularidade da propriedade do bem. Na usucapião, o possuidor adquire o direito de propriedade, já na concessão especial não há transferência de propriedade, o Poder Público permanece como titular do bem. O possuidor do imóvel público adquire tão somente a posse desse bem, oponível perante terceiros. Todavia, não lhe adquire a propriedade, tendo em vista que os imóveis públicos não são passíveis de prescrição aquisitiva.

Outro aspecto importante deste instituto é que se trata de ato vinculado da Administração Pública, isso significa dizer que, uma vez preenchidos os requisitos da Medida Provisória, o possuidor adquire o direito à Concessão e, caso o Poder Público negue a solicitação administrativamente, o requerente poderá receber sua Concessão pela via judicial.

Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.⁴²

Na Concessão de Uso Especial também chama a atenção a garantia ao possuidor de área de risco à vida ou à saúde de receber a concessão do Estado em outra área.

Art. 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local.⁴³

Assim, é possível inferir que este instituto foi criado para preencher uma lacuna legislativa, objetivando efetivar o direito à moradia em áreas públicas para aqueles mais necessitados, visto que o possuidor não pode ter outro imóvel e nem mesmo ser titular de outra Concessão Especial.

O nosso Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou no sentido de não ser possível adentrar no mérito administrativo em relação a imóvel Concedido

⁴²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

⁴³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

em Uso Especial, o qual a requerente deseja vender a terceiro, prevalecendo a decisão do Poder Público.

APELAÇÃO CÍVEL. POSSE. AÇÃO DECLARATÓRIA. BEM PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

Conquanto o Poder Público tenha o dever constitucional de garantir a observância do direito à moradia, o Poder Judiciário não pode analisar o mérito administrativo (conveniência e oportunidade), sob pena de violação ao Princípio da Separação de Poderes.

Embora não se desconheça o grave problema social que historicamente atinge o país, não há como dar guarida ao pedido da parte apelante, mormente pela impossibilidade de o Poder Judiciário substituir a atividade do administrador, a quem compete a manutenção de programas sociais visando à concretização dos direitos sociais, em especial o direito de moradia.

Parecer do Ministério Público pelo desprovimento do apelo.

Recurso desprovido.

O art. 85, §11º, do CPC/15 estabelece que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Sucumbência recursal reconhecida e honorários fixados em prol do procurador do Município demandado.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

4.2.3 Desapropriação Urbana

Desapropriação é o instrumento pelo qual o Poder Público pode transferir para si a propriedade particular. Considerada uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada ela se destina, de uma forma geral, a necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Nesse sentido conceitua Hely Lopes:

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública, de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público ou seus delegados, por *necessidade* ou *utilidade pública*, ou por *interesse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e, ainda, por *desatendimento a normas do Plano Diretor* (desapropriação-sanção – art. 182, §4º, III da CF), neste caso com pagamento em títulos da dívida pública municipal.⁴⁴

O legislador constitucional dotou o Poder Público da possibilidade de desapropriar área de particular por interesse público, necessidade pública ou utilidade pública.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; atualizado por REIS, Márcio Schneider; SILVA, Edgar Neves. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 184.

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;⁴⁵

Dentre esses três tipos de desapropriação, podemos destacar a realizada por interesse social. Nessa hipótese, se verifica claramente a noção de expropriação de imóvel, buscando a concretização do direito à moradia.

O *interesse social* consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas. Exemplo mais marcante é a reforma agrária, ou o assentamento de colonos.⁴⁶

Além dessas três hipóteses existe a desapropriação sanção constante no Estatuto da Cidade, a desapropriação rural (art. 184, CF) para fins de reforma agrária e a desapropriação confiscatória (art. 243, CF).

A desapropriação de imóvel urbano prevista no Estatuto da Cidade, chamada desapropriação sanção que tem por finalidade acabar os espaços vazios em centros urbanos, adequando o ordenamento do território da cidade. Ela foi prevista inicialmente no art. 182, §4º, III, da CF, que dependia de Lei Federal e foi regulamentada pelo Estatuto da Cidade.

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.

.....
 § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

.....
 III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.⁴⁷

⁴⁵BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 junho. 2018.

⁴⁶FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 822.

⁴⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

O Estatuto da Cidade em seu art. 8º ao estabelecer as diretrizes da política urbana, para fins de ordenamento do uso da propriedade, prevê a possibilidade da desapropriação sanção dos imóveis não edificadas, subutilizados ou não utilizados.

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.⁴⁸

Essa desapropriação de competência municipal dispõe que aquele que não cumprir com as condições legais poderá sofrer a imposição do IPTU progressivo no tempo, durante cinco anos e, uma vez transcorrido desse lapso sem que o proprietário tenha cumprido com a obrigação, sofrerá a expropriação de seu bem, com pagamentos do valor em títulos da dívida pública. Conforme ensina José dos Santos Carvalho.

A primeira delas é a que consta no art. 182, §4º, III, da CF, que pode ser denominada de *desapropriação urbanística sancionatória*. Na verdade, essa forma expropriatória é prevista como a que pode ser adotada a título de penalização ao proprietário do solo urbano que não atender as exigências de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade ao plano diretor municipal.⁴⁹

A desapropriação de imóvel rural constitucionalmente prevista possui de viés social, já que prevê a transferência compulsória de propriedade de imóveis que não estejam cumprindo com sua função social.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 junho. 2018.

⁴⁹ FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 823.

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.⁵⁰

José dos Santos Carvalho conceitua o instituto:

Outra espécie do instituto é prevista no art. 184 da CF, e pode ser denominada *desapropriação rural*, porque incide sobre imóveis rurais para fins de reforma agrária. Trata-se, na verdade, de modalidade específica da desapropriação por interesse social e tem o objetivo de permitir a perda da propriedade quando esta não esteja cumprindo sua função social. Esta só se considera cumprida nos casos do art. 186 da CF, de onde se infere, *a contrario sensu*, que fora deles a propriedade é passível de desapropriação.⁵¹

Portanto, as hipóteses de desapropriação aqui elencadas apresentam-se como instrumentos, para fins de concretização do direito à moradia digna, visto que ao buscam o interesse social seja pela adequação do território urbano, visando eliminar imóveis inutilizados ou subutilizados, muitas vezes destinados à exploração imobiliária, o mesmo servindo para as áreas rurais improdutivas.

4.2.4 Bem de Família

A Lei 8009/1990 instituiu a impenhorabilidade do bem de família, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. A Lei visa resguardar o direito à habitação no imóvel que é usado como residência da entidade familiar.

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.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 junho. 2018.

⁵¹ FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 823-824.

⁵² BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

A referida lei tem caráter eminentemente protecionista ao direito fundamental à moradia, visto que impede que o imóvel no qual a família utilize como habitação possa ser penhorado.

O bem de família constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com o caráter de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar.⁵³

A Constituição Federal em seu art. 226 buscou definir um conceito de família estendendo a tradicional ideia para incluir entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes :

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.⁵⁴

No que tange à impenhorabilidade do bem de família, a própria Lei 8009/99 criou exceções, ou seja, hipóteses em que o bem de família pode ser penhorado.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
~~I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;~~ (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)
 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;~~
 III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)
 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.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 391.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)⁵⁵

A Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 1991) ao incluir o inciso VII acima citado, atribuiu como exceção à impenhorabilidade do bem de família, o imóvel dado em garantia em contrato de fiança. Neste contexto, a inclusão do referido inciso gerou dúvidas quanto à sua constitucionalidade, após a edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu o direito à moradia como direito fundamental. Contudo, atualmente, a questão encontra-se pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em repercussão geral, pela possibilidade de penhorabilidade do bem de família, ainda que na hipótese de fiança.

EMENTA: CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.⁵⁶

Cumpra ainda referir que, além da modalidade de bem de família instituído pela Lei 8009/99, dito legal, também há o bem de família instituído de forma voluntária, previsto no art. 1711 do Código Civil, que prevê a possibilidade de instituir um bem de família, mediante escritura pública e respectivo registro no Cartório de Registro Imobiliário.

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm >. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 612360. Recorrente: Nágela dos Santos Silva e outros (A/S). Recorrido: Anastase Pandelis Gadzanis. Relatora: min. Ellen Gracie, Brasília, 13 agos. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=612360&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 30 junho. 2018.

5. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO À MORADIA

Diante da ausência de efetividade na aplicação dos direitos fundamentais sociais, seja por ausência de políticas públicas, seja por falta de recursos orçamentários, ou mesmo pela simples inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário vem atuando de maneira mais concretista, no que tange a suas decisões relativamente aos Direitos Fundamentais.

Contudo, essa atuação do Poder Judiciário, denominada ativismo judicial, consiste na possibilidade de o Poder Judiciário ampliar sua atuação jurisdicional, no sentido de suprir determinadas omissões do Poder Público, tomando decisões que vão além da sua competência constitucional, adentrando na competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao ingressar nessa seara, o Poder Judiciário acaba agindo de forma concretista, na tarefa de implementação de políticas públicas.

Alexandre de Moraes ao comentar o tema questiona essa possibilidade, bem como os contornos dessa atuação do Judiciário.

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um *super-legislador*, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria auto contenção (*judicial restraint*), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos)?⁵⁷

No entanto, essa atuação precisa ser vista com muita cautela, uma vez que, ao controlar os demais poderes, o Poder Judiciário atua de forma concreta e casuística, na busca de dar efetividade ao direito fundamental ali posto em causa, em verdadeira ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular na utilização do *ativismo judicial*, pois como salientado por Ronald Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de

⁵⁷MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.”⁵⁸

No entanto, diante da omissão do Poder Público é cada vez mais frequente encontrarmos decisões judiciais, no sentido de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Atualmente o Poder Judiciário se tornou um “SuperPoder” ao qual é dada a última palavra em muitas questões que afetam ao país inteiro e, muitas vezes se mostram claramente matéria de atuação do Poder Executivo.

Em matéria de direitos fundamentais sociais, especificamente, a característica de prestação positiva de tais direito faz com que se questione se o Estado, na qualidade de destinatário do cumprimento do dever constitucional possua efetiva condição de cumprir com a obrigação.

Nesse sentido, Ingo Sarlet faz referência a hipótese em que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto reclamado. Além disso, diferencia dita disponibilidade da hipótese em que, não obstante a existência de recursos para cumprir a prestação, não possui o poder de dispor:

É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendia em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.⁵⁹

Assim, ao decidir questões sobre matéria de direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário, deverá em suas decisões cotejar a real possibilidade prestacional daquele direito, bem como a real necessidade daquele que pleiteia o direito social.

Nesse sentido, podemos destacar que, em matéria de direito fundamental à moradia, o Supremo Tribunal Federal, tem entendido que não há ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, quando houver ofensa aos princípios da moradia e da segurança:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 19.4.2017. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. CONSTRUÇÃO EM ENCOSTAS. DESABAMENTO. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE MEDIDAS EMERGENCIAIS. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO

⁵⁸ DWORKING, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 41.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 295.

ESTADO. RECONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. 2. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, quanto à existência de responsabilidade do Recorrente, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública.⁶⁰

Não obstante a possibilidade de existirem decisões conflitantes em sentidos opostos, a realidade ensina que somente diante do caso concreto o Poder Judiciário poderá verificar se na hipótese posta em causa haverá necessidade de sua intervenção, objetivando salvaguardar o direito fundamental à moradia, sem que possa haver ofensa a outros princípios constitucionais como o da separação dos poderes.

⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo em Recurso Extraordinário 1018103. Recorrente: Nágela dos Santos Silva e outros (A/S). Recorrido: Anastase Pandelis Gadzanis. Relatora: min. Edson FACHIN, Brasília, 27 abr. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITO+%C0+MORADIA%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydgv3t7g> Acesso em: 30. Jun, 2018.

6. CONCLUSÃO

Atualmente, com toda a evolução humana, com a produção cada vez maior de riquezas, o desenvolvimento tecnológico e os bens de consumo cada vez mais acessíveis, ainda assim nos deparamos com pessoas vivendo totalmente à margem desse sistema, sem as mínimas condições de ter acesso.

Nesse compasso, os direitos humanos fundamentais são difundidos e estudados, também visando uma reflexão e uma busca às condições mínimas de dignidade do homem.

Não podemos ver esses direitos como um fim em si mesmos, mas de maneira a aprofundar nossa percepção sobre essa questão.

Como é possível explicar que, ao passo de todo o desenvolvimento adquirido nos últimos tempos, os trabalhadores e cidadãos não consigam ter acesso a um mínimo de dignidade. Paradoxalmente, a todo avanço tecnológico e a produção de bens de consumo, nunca se viu tantas pessoas vivendo em moradias precárias, tantas favelas brotando do dia para a noite, pessoas morando ao relento, debaixo de viadutos, nas calçadas.

Em sua evolução histórica, o homem sempre buscou a moradia como forma de ser abrigar dos intempéries, criar sua prole, descansar e ter seu lazer.

O direito à moradia afirmado, expressamente, em nossa Constituição Federal, através da Emenda nº 26 promulgada no ano de 2000, permanece sendo um ideal ainda não experimentado por considerável parcela da população brasileira.

Os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, enquanto demandem de uma prestação positiva do Poder Público encontram obstáculos para sua concretização. A ausência de planejamento de políticas públicas, e a escassez de recursos destinados a esse fim se consubstanciam em verdadeiros entraves a consecução de uma moradia capaz de atender aos anseios do indivíduo.

É dentro desse panorama que o Poder Judiciário vem se destacando no sentido de, mediante decisões judiciais, se imiscuir na competência do Poder Executivo e Legislativo na tarefa de buscar assegurar o direito fundamental à moradia.

Essa demanda é de extrema relevância em nossa sociedade atual, diante de tantos cidadãos vivendo à margem de condições dignas de vida. Pois se ao fim e ao cabo toda a produção de riqueza e bens de consumo são criadas pelo homem e para o homem como podemos justificar o fato da maioria da população não ter possibilidade de acessar um mínimo para viver com dignidade.

7. REFERÊNCIAS:

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em:
< <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>

BOBBIO, Norberto. Tradução Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

FILOCOMO, Giusepe; MARTINS, Lyzandra Machado. Breve Ensaio sobre o Direito à Cidade à Moradia nas Cidades Brasileiras. **Justificando**. São Paulo, abr. 2018. Disponível em:
<<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/04/21/breve-ensaio-sobre-o-direito-a-cidade-a-moradia-nas-cidades-brasileiras>>.

LOPES, Natália. **AECweb Revista Digital**. Pesquisa revela crescimento do déficit habitacional, apesar do MCMV. Disponível em:<https://www.aecweb.com.br/cont/n/pesquisa-revela-crescimento-do-deficit-habitacional-apesar-do-mcmv_15798>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; DALLARI, Abreu Adilson e SARNO, Daniela Libório. São Paulo: Malheiros. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; atualizado por REIS, Márcio Schneider; SILVA, Edgar Neves. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. **Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais**. Edição do Kindle.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 16 de dezembro de 1966. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010.

Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010.