

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO**

JOSÉ DE ARIMATEA DA SILVA

**A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE URBANA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

CAMPINA GRANDE – PB

2013

JOSÉ DE ARIMATEA DA SILVA

A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE URBANA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação do Curso de
Direito da Faculdade Reinaldo Ramos –
FARR, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rodrigo Silveira
Rabello de Azevedo.

Campina Grande – PB

2013

JOSÉ DE ARIMATEA DA SILVA

A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE URBANA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA

Aprovado em: _____ de dezembro de 2013

Prof. Rodrigo Silveira Rabello de Azevedo – Esp. – FARR
(Orientador)

Prof. Rogério da Silva Cabral – Msc. – FARR
(1º Examinador)

Prof. Rodrigo Araújo Raul – Esp. – FARR
(2º Examinador)

Aos meus familiares, em especial aos meus filhos.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, inteligência suprema e causa primária de todas as coisas.

Aos meus pais, **Nilson Sebastião da Silva** e **Josefa Patrício da Silva** (*in memoriam*), por tudo que representam em minha vida.

Aos meus filhos e demais familiares, pelo apoio e incentivo concedidos no decorrer do curso.

Aos professores do curso de Direito da FARR, pela contribuição acadêmica e profissional a mim dispensadas.

Aos membros da Banca Examinadora, por se disporem a colaborar comigo na apreciação desta obra.

Aos colegas do curso, pela troca de conhecimentos, apoio, incentivo, companheirismo e sinceridade.

Se você falar com um homem numa linguagem que ele compreende, isso entra na cabeça dele. Se você falar com ele em sua própria linguagem, você atinge seu coração.

Nelson Rolihlahla Mandela (1918 – 2013)

RESUMO

O tema a ser contemplado neste trabalho é a perspectiva neoconstitucional da função social da propriedade urbana como instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia. O tema escolhido deu-se em virtude da imperiosa necessidade social, jurídica, política e econômica em discutir os fundamentos legais, causas e garantias constitucionais que está inerente a toda a coletividade brasileira, tendo o direito à moradia inserido em sua acepção o direito de resistência. A história do constitucionalismo está necessariamente atrelada à história social, já que esse *Bill of Rights*, desde sua origem, é marcada por determinantes político-sociais, não se limitando a descrições positivísticas. De tempos em tempos, determinadas características preponderavam sobre outras, a depender do desenrolar histórico que, gradativamente, influenciava na alteração da posição sociopolítica de determinada nação. O direito à moradia está intrinsecamente ligado a um contexto jurídico social, que envolve não só a moradia em si, mas em tudo o que há em seu redor, como o acesso aos serviços públicos básicos. A busca pelo bem próprio, por muitas vezes, se não todas, pode seguir na contramão da busca pelo bem comum. A pós-modernidade e a proposta de relativização de todas as coisas propõem, sobremaneira, o homem cada vez mais isolado, auto-suficiente, ressuscitando a filosofia helenística. A sociedade perfeita não é composta de várias pessoas que vivem felizes, mas de várias pessoas que vivem para fazer do outro alguém feliz. Esse é o verdadeiro estado ideal.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Moradia; Direito Fundamental.

ABSTRACT

The issue to be considered in this work is the neoconstitucional perspective of the social function of urban property as a means of affecting the Fundamental Right to housing. The theme was given because of the pressing social need, legal, political and economic in discussing the legal grounds, causes and constitutional guarantees that are inherent in all Brazilian community, has the right to housing inserted in its meaning the right of resistance. The history of constitutionalism is necessarily linked to social history, as this Bill of Rights, since its origin, is marked by political and social, not limited to positivistic descriptions. From time to time, certain characteristics preponderance over others, depending on the historical unfolding that gradually influenced the change of socio-political position of a given nation. The right to housing is inextricably linked to a social legal context, which involves not only the house itself, but in all that is around them, such as access to basic public services. The search for the own well, many times, we can not all follow the opposite direction of the search for the common good. Postmodernism and the proposed relativity of all things proposed, excessively, the increasingly isolated, self-sufficient man, resurrecting Hellenistic philosophy. The perfect society is not made up of several people living happy, but several people who live to make the other happy. This is the true ideal state.

Keywords: Neoconstitutionalism; House; Fundamental Right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	NEOCONSTITUCIONALISMO	11
2.1	ASPECTOS GERAIS.....	11
2.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS NEOCONSTITUCIONAIS.....	16
2.2.1	Direitos Fundamentais e sua Interpretação	20
2.2.2	Direitos Fundamentais e suas Características	22
2.2.2.1	Máxima superioridade	22
2.2.2.2	Máxima força jurídica	23
2.2.2.3	Máxima importância do conteúdo	23
2.1.2.4	Máximo grau de indeterminação	24
2.2.3	Direitos Fundamentais e Democracia	25
2.2.3.1	O enfoque das teorias ingênua, idealista e realista	26
2.2.3.2	Direitos fundamentais democráticos e antidemocráticos	27
2.4	A IMPORTÂNCIA DA POSSE COMO GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA NO NOVO PANORAMA CONSTITUCIONAL	30
3	A SITUAÇÃO URBANA NO BRASIL	32
3.1	O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	32
3.2	A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANA BRASILEIRA	33
3.3	O PAPEL DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA	37
4	DIREITO À MORADIA	38
4.1	DEFINIÇÃO DE MORADIA	39
4.2	CONTEXTO HISTÓRICO DA MORADIA	40
4.3	A CIDADE.....	42
4.4	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA	44
4.5	DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	45
4.6	A MORADIA COMO BEM DE FAMÍLIA.....	49
4.7	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	52
5	CONCLUSÃO	55

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser contemplado neste trabalho é a perspectiva neoconstitucional da função social da propriedade urbana como instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia.

O tema escolhido deu-se em virtude da imperiosa necessidade social, jurídica, política e econômica em discutir os fundamentos legais, causas e garantias constitucionais que está inerente a toda a coletividade brasileira, tendo o direito à moradia inserido em sua acepção o direito de resistência.

Abordaremos as principais características dos direitos fundamentais, discutindo sua superioridade legal, sua potente força jurídica e a imensa importância de seu conteúdo. Por conseguinte, o alto grau de indeterminação ficou demonstrado, pois os direitos fundamentais só possuem sentido quando saem da utopia programática e iluminam com eficácia todas as relações, sejam públicas ou privadas. Em um segundo momento, iniciou-se a dialética entre direitos fundamentais e democracia. Malgrado sejam ambos os institutos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, restou clara a fragilidade de afirmar que não há a presença de conflitos nesse paralelo, segundo a perspectiva da teoria realista. Esses dois institutos, por diversas vezes, se colidem frontalmente. A legitimidade democrática não garante plenos poderes, nem justifica todo e qualquer tipo de ação, vez que os resultados, por força constitucional, devem estar vinculados às ordens mandamentais axiológicas dos direitos fundamentais.

Assim, os atos, mesmo que legitimados pelo devido processo democrático, podem ser passíveis de controle jurisdicional, pois o princípio democrático não se sobrepõe aos direitos fundamentais. O valor da democracia é real quando os seus frutos são a materialização dos direitos fundamentais, já que o discurso democrático pode funcionar, ora em favor dos direitos fundamentais, ora contra eles. Essa segunda consequência é inadmissível nos moldes do Estado Democrático Constitucional de Direitos.

Após os comentários à cerca das bases do neoconstitucionalismo, partiu-se para a análise da natureza desse paradigma, demonstrando que há duas principais correntes. A primeira colocando o neoconstitucionalismo como um ramo do

positivismo jurídico, e a segunda, de caráter intensamente reformista, qualificando-o como uma nova Teoria do Direito, aproximando, como nunca antes, a moral da ciência do direito.

Para a realização do presente trabalho utilizar-se-á de pesquisa descritiva do tipo bibliográfica, tais como doutrinas e artigos pertinentes ao tema abordado.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 ASPECTOS GERAIS

A história do constitucionalismo está necessariamente atrelada à história social, já que esse *Bill of Rights*, desde sua origem, é marcada por determinantes político-sociais, não se limitando a descrições positivísticas¹. De tempos em tempos, determinadas características preponderavam sobre outras, a depender do desenrolar histórico que, gradativamente, influenciava na alteração da posição sociopolítica de determinada nação.

Tal afirmação não significa que seja possível apontar fases constitucionais mundiais historicamente estanques. Mas também não obsta uma identificação hierarquicamente ordenada em um período da história dos movimentos “Constitucionalismo Liberal Democrático”, “Constitucionalismo Social Democrático”, “Constitucionalização dos Direitos” e “Neoconstitucionalismo”, com características metodologicamente específicas, que se tornaram viés do paradigma jurídico atual.

O início dessa jornada deu-se com o resultado da Segunda Grande Guerra, que fez surgir uma nova posição jurídica, com reflexos sentidos em todo o mundo, especialmente nos países norte atlânticos. A necessidade de uma interpretação legal que garantisse o alcance do fim último do Direito colocou em xeque o que outrora existia, seja no Direito, Filosofia ou Sociologia. O embate dos dois pólos opostos em âmbito jurídico, jus naturalismo e positivismo, já não mais era concebível frente à realidade até então colocada.

Nem a codificação, nem a sublimar existência de direitos inerentes à pessoa humana foram capazes de responder o que a Filosofia e a Sociologia, por força da evolução gradativa da sociedade, questionavam. A lei não podia mais ser considerada nos limites do seu texto, sendo necessária a adição de valores até então qualificados como estranhos ao Direito.

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito até então dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem, a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 245-249.

economia, que não ocupava o papel atual). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jus naturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil².

Afirma-se que, pela análise do “antigo Estado de Direito da sociedade liberal, a hermenêutica constitucional tinha por regra uma posição eminentemente conservadora da ordem estabelecida e só por exceção desempenhava ativamente uma função transformadora”³. Isso em tempos constitucionais pacatos, em que imperava o constitucionalismo que propunha uma ideia de Estado desvinculada com qualquer fim material, acentuando a esfera livre do cidadão cuja intervenção só podia ser feita ou autorizada por força da lei e, ainda, pondo em preeminência o princípio da legalidade administrativa⁴. Essa é uma verdade não mais concebível em tempos constitucionais como os de hoje.

Houve uma significativa mudança quanto à função desempenhada pela Carta Constitucional, principalmente nas nações *Civil Law* europeias continentais e suas latino-descendentes, com o advento da posição suprema de princípios normas, outorgando uma nova concepção jurídica, a constitucionalização dos direitos, seja ela ideológica ou teórica metodológica. A invasão dos direitos constitucionais passou a ter relevância principalmente “em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico, desde o advento de princípios de natureza declaradamente social”⁵.

É pressuposto dessa nova concepção a existência de uma constituição rígida com força normativa tal que conforme as demais leis inferiores, dispondo de ferramentas que controlam, com avidez, a constitucionalidade de atos e leis. O grau de constitucionalização, por sua vez, é condicionado a diversos fatores que

² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). **Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 216.

³ BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). **Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 712.

⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 354.

⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 710.

decorrem da própria Constituição: sua força ideologicamente vinculante; o reconhecimento da existência de princípios nela implícitos; sua aplicação direta nas relações sociais; a interpretação das leis infra sob sua óptica; e, por fim, sua influência nas relações políticas⁶.

Nesse contexto que o Brasil deu seus primeiros passos à constitucionalização do direito, consolidando-se, indubitavelmente, em 1988. Permeado pelas doutrinas e discussões iusfilosóficas que constantemente estão criando novos e necessários paradigmas a ser enfrentados pelo Poder Judiciário, o Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Cidadã está se transformando profundamente desde a sua promulgação. O resultado é o advento do Estado Constitucional Democrático de Direito, tendo como sobreprincípio o Devido Processo Constitucional. “Tal afirmação categórica não é nem um pouco leviana; ao contrário, caracteriza o movimento atual do direito”⁷.

A subjetividade advinda dessa intensa carga de princípios, somada a influência da família *Common Law*, criou precedentes para a rediscussão, por parte da doutrina, da relação existente entre Direito e moral, ou, ao menos, criou uma nova forma de ver o Direito e sua necessária conexão com a Filosofia e Política na derrocada suficiência do constitucionalismo liberal. O divisor de águas, portanto, entre esse constitucionalismo e o atual paradigma jurídico, é a materialidade e realização efetiva da constituição pela atividade do intérprete frente a gama axiológica que possui nas mãos, já que essa presteza deve guardar zelo e congruência com os estados ideais suprapositivados. “Essas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo”⁸ que, nas culturas jurídicas europeias, principalmente Alemanha, Itália e Espanha, recebe o nome de Neoconstitucionalismo. É um termo que gradativamente está se inserindo no léxico jurídico e que não possui um significado único e, por essa razão, o plural “neoconstitucionalismo(s)”, usado por Carbonell⁹, se justifica, ante as diversas posições que o legado acima exposto concebeu.

⁶ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-58.

⁷ MOREIRA, op. cit., p. 216.

⁸ BONAVIDES, op. cit.

⁹ CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9.

Originariamente, esse reflexo da intensa carga de *standards* jurídicos das atuais constituições guardou proximidade com o positivismo jurídico. Os pensadores dessa vertente apresentam como denominador comum um esforço de sustentar o fato de que as ferramentas teóricas propugnadas pelos positivistas são ainda úteis e capazes de dar conta dos problemas postos aos operadores do direito contemporâneo.

As palavras de Luis Prieto Sanchís no discurso à cerca do neoconstitucionalismo, insiste em manter o termo “constitucionalismo” em uma demonstração subliminar de defesa à escola positivista, afirmando que o mesmo “se conecta muito bem com o chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista”.

Outros, porém, afirmaram que na Teoria do Direito, esse paradigma neoconstitucional “revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora”¹⁰.

Suas fronteiras, entretanto, ultrapassam a Teoria do Direito, oferecendo uma nova proposta de Teoria Política e Filosofia do Direito. Esse é o resultado da maximização da relação entre Direito e moral, fazendo caminhar juntos Direito, Política e Filosofia que, por meio do discurso, convergem para um mesmo fim. É o Direito ultrapassando fronteiras jamais exploradas¹¹.

Discutir o conteúdo e natureza das correntes constitucionais atuais é extremamente importante, já que a adoção de uma ou outra posição tem o poder de definir os caminhos pelos quais o Direito fará, e com ele toda a influência política, social e econômica a que se destina. Seja pela tese iuspositivista da separação conceitual entre Direito e moral, seja pelo neomodelo constitucional antipositivista, teórico explicativo e descritivo do Direito, há ao menos uma convergência: a Carta Fundamental está passando por um processo de judicialidade e os intérpretes do conteúdo que a forma está, cada vez mais, com uma nova perspectiva, aproximando elementos da filosofia e da política aos alicerces jurídicos.

Adverte-se quanto ao cuidado a que se deve lançar mão quando da aplicação de regramentos e ponderações internacionais no contexto jurídico nacional, uma vez que, ora a cópia indiscriminada de determinada teoria, ora a aplicação interna de

¹⁰ MOREIRA, op. cit., p. 220.

¹¹ Idem.

regramentos cuja gênese se deu em realidade diversa, conduzem, certamente, ao fracasso.

Quando se levam em conta modelos estrangeiros ou produto de convenções internacionais, com frequência se pode cair em dois extremos: a) copiar indiscriminadamente ou, b) pretender incorporar ao direito nacional (tropicalizar) algumas instituições criadas sob esquemas e circunstâncias diversas. Em ambos os casos o fracasso está praticamente garantido.

É necessário encontrar um ponto de equilíbrio, as convenções internacionais produzem corpos que são (ou ao menos devem ser) princípios com uma generalidade tal que se apliquem em qualquer sistema jurídico do mundo e em qualquer realidade social, política e econômica. Por esta razão, quando um país adota um diploma internacional deve saber respeitar esse princípio geral e introduzi-lo na realidade nacional de modo que não resulte num aborto ou numa deformação¹².

Responder qual é esse ponto de equilíbrio é tarefa árdua na atual vigência do neoconstitucionalismo, carecendo ainda de clareza jurídica no que tange à aplicabilidade desse instituto. Mas essa será uma consequência da atividade própria do cientista do direito, seja pelo estímulo à criação de jurisprudência, provocando a necessária atuação dos tribunais, seja pela inovação doutrinária e discussão crítica da teoria. Para que se chegue a esse ponto de equilíbrio, a ciência do Direito reclama um estudo sistemático dos direitos fundamentais, suas características e métodos de interpretação, tangentes à ideia neoconstitucional, afastando o mero teor programático, conferindo real aplicabilidade a tais normas.

¹² NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NEOCONSTITUCIONAIS

Os direitos e garantias fundamentais são, atualmente, objetos de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Consequências de grandes batalhas e de relevantes fatos que marcaram a história, o desenvolvimento desses postulados pressupõe árdua luta social. A história revela que, nem sempre, a conquista, o desenvolvimento e a criação de textos normativos capazes de tutelar a dignidade da pessoa humana, se deram de forma mansa e pacífica.

Desvendar a origem desses direitos significa navegar por mares longínquos na presença de constantes ventos que nos levam as inúmeras dúvidas. Não de menor valor, encontramos resquícios históricos em uma das proposições de origem da vida, a criacionista.

Há quem diga que não se trata de desvendar a gênese dos direitos fundamentais, mas sim, de quando foram eles retomados pelos homens, uma vez que a sociedade primitiva propunha a comunhão de bens na utópica participação comum democrática de interesses. “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários”¹³.

Nessa reconquista, não se pode omitir a contribuição histórica de fatos mundialmente marcantes. Roma e Grécia antigas foram propulsoras, já alinhavando vedações quanto a determinadas ações injustas da classe então dominante, proibindo penalizações de caráter corporal e, ainda, dando os primeiros passos na concessão de amparo legal à liberdade. “Não nos iludamos, contudo, porque essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante, mas, em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas”¹⁴.

Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do habeas corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade¹⁵.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 200.

¹⁴ Idem, p. 201.

¹⁵ SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Foi na Idade Média que os precedentes de direitos fundamentais ganharam contorno jurídico. A princípio, como forma de limitar a monarquia vigente, surgiram as leis fundamentais do reino embasadas pela ascensão do direito natural do homem. Cronologicamente, há resquícios históricos de que, em 1188, o Rei Afonso IX sustentou como objetivo de seu reinado a pacificação social com a busca efetiva da justiça, instrumentalizada pela proteção à propriedade privada, à segurança, à jurisdição, entre outros.

Entre os anos 1215 e 1225, como consequência dos reiterados julgados da Corte Inglesa e a formação do sistema *Common Law*, um dos mais importantes documentos foi editado na Inglaterra, a Magna Carta. “Longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres”¹⁶. A despeito dessa verdade, a base estrutural jurídica e democrática da atual Constituição Inglesa foi desenvolvida como consequência desse documento.

Sucessivamente, surgiram mais dois importantes forais. Em 1265 o de Aragão e, em 1526, o de Viscaia, ambos tutelando determinada coletividade que, ao limitarem o poder monárquico e estabelecerem direitos e liberdades, garantiram, por consequência, direitos à pessoa na sua individualidade. Seguiram-se sob esse mesmo fundamento de embate entre nobreza e plebe a Petição de Direitos em 1628 e o *Habeas Corpus Act* em 1679. Esses últimos documentos deram origem, no ano de 1688, a Declaração de Direitos ou *Bill of Rights*, marco histórico importantíssimo, funcionando como um divisor de águas: antes monarquia absolutista pautada em poderes divinos, agora reinado constitucional, limitado à soberania dos novos titulares do poder, o povo.

Essas alterações não permaneceram trancafiadas na Europa Ocidental. Atravessando o Atlântico, agora em território americano, no ano de 1776 surgiu a Declaração de Direitos de Virgínia. “Não mais restrito a combater o poder incondicional das monarquias, vê-se que basicamente a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, comum sistema de limitação de poderes”¹⁷.

¹⁶ Idem, p. 206

¹⁷ SANTOS, op. cit., p. 208.

Já em 1789, a história é tatuada pela ascensão do liberalismo ante a estagnação do sistema feudal absolutista, cuja deflagração ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Duguit afirma que esse documento traz um texto “de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais [...]”¹⁸.

Essa linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver, além dos documentos por últimos apresentados, a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a Constituição Americana, fato este que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo impactantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nesse país, constituindo, assim, agora em versão americana, o *Bill of Rights*¹⁹.

Com o decorrer do tempo, a crise do sistema feudal fez surgir uma nova estruturação política e econômica, baseada na obtenção de lucro e na absoluta concessão de liberdade nas relações privadas – o capitalismo. Com ele surgiu também problemas intrínsecos ao próprio sistema. A plebe da Idade Média ganhou agora uma nova nomenclatura, formando a classe trabalhadora, subjugada pela antiga nobreza, agora chamada de burguesia. O problema político de antes se estendeu, ganhando agora força econômica.

Levantaram-se diversos pensadores, entre eles Marx e Engels, criticando incisivamente essa nova forma de governar. Inevitável a concepção de um Direito Social. Publicado em 1848, “o *Manifesto Comunista* [...] foi o documento político mais importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês”²⁰. E foi nesse ano que o Direito do Trabalho foi instituído na Constituição Francesa.

Anos mais tarde, a base jurídica mundial mais uma vez ganhou novos horizontes. Em 1917, ano da Revolução Soviética, a Constituição Mexicana presenteou o ordenamento, expressamente, com os direitos sociais. O sistema capitalista ainda permanecia no país, porém, nesse momento da história, começava a sofrer eminentes restrições. Dois anos depois, paralelamente a ideia mexicana, ergueu-se a Constituição Alemã de Weimar, “abrindo seu Livro II com a rubrica dos

¹⁸ Idem, p. 210.

¹⁹ Idem, p. 210.

²⁰ Idem, p. 230.

Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães, sob a qual inclui [...] os *direitos da vida social* (cap.II) [...]”²¹.

Os reflexos sociológicos e filosóficos vividos nessa época, impulsionados pelos ideais marxistas, ultrapassaram as fronteiras desses países. “O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal”²². Foi em 1945 que essa assertiva ganhou feições concretas com a criação da Carta das Nações Unidas e, posteriormente, a elaboração da Comissão dos Direitos do Homem.

Como consequência precípua, em 1948, um documento altamente relevante para o mundo jurídico surgiu: a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada, constituindo, assim, um marco histórico confirmador do início da universalização dos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos precedidos de um Preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos²³.

Da criação desse documento até os dias atuais, o mundo inteiro passou por diversos problemas quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais. “Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, por sua realização eficaz”²⁴.

Com o Brasil não foi diferente. Desde a época imperial até a Constituição Cidadã de 1988, de forma gradativa, os direitos fundamentais foram incorporados no sistema jurídico, na tentativa evolutiva de não ver tais direitos como mero aspecto superficial, mas efetivamente pragmáticos, norteando os três poderes constitutivos da República Federativa do Brasil, inclusive a esfera privada.

Surge assim o neoconstitucionalismo como novo paradigma jurídico. Utilizando como núcleo essencial os direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo

²¹ SANTOS, op. cit., p. 230.

²² Idem, p. 231.

²³ Idem, p. 240.

²⁴ Idem, p. 242.

propõe um novo ver da Filosofia jurídica e política, bem como da teoria da norma, sem, no entanto, negar a historicidade que o antecede. Pelo contrário, o estudo à cerca dos movimentos iusnaturalista e iuspositivista são chamados a fazerem parte, mesmo que parcialmente, da construção neoconstitucional.

2.2.1 Direitos Fundamentais e sua Interpretação

O Direito só é fundamentalmente um instrumento de ascensão social por meio da interpretação. Sem ela, o fim precípua do Direito se perde por ausência do seu mais importante objeto. Por isso a senilidade do brocardo romano *in claris non fit interpretatio* não retira sua atualidade e grande relevância. Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro²⁵.

É a atividade investigativa cuja qualidade se estabelece na lógica e tecnicidade, ante a sede de compreender o “significado exato de uma norma jurídica”, palavras de Paulo Bonavides, afirmando que, “busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito”²⁶.

Todo Direito é um ponto de vista sobre a Justiça, [...] mas em nenhum campo está tão presente, tão próximo esse mundo da ética, dos valores; esse mundo do homem e de suas necessidades, referência inelutável de todo Direito que pretenda ser justo, como neste campo do Direito dos direitos fundamentais²⁷.

São de extrema importância as lições de Santos advertindo que “os vocábulos hermenêutica e interpretação não se confundem, apesar de manterem uma estreita proximidade”. Assim, “o termo hermenêutica designa a atividade de natureza eminentemente teórica, dotada do objetivo de estabelecer os postulados e as técnicas que devem ser empregadas na atividade interpretativa²⁸”, diferente do pragmatismo e praticidade da interpretação que responde, no caso concreto, qual a abrangência ou delimitação de um determinado texto normativo.

²⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 693.

²⁶ Idem, p. 693.

²⁷ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 28.

²⁸ SANTOS, op. cit., p. 191.

É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para sua realização²⁹.

Na eterna subsistência de haverem leis, atos judiciais e, até mesmo, relações contratuais, longe de caracterizar um defeito, “todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação”³⁰. Segundo as palavras de Felice Battaglia “o momento da interpretação vincula a norma geral às conexões abstratas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema”³¹.

Conforme lição de Celso Ribeiro Bastos³² “os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade”, o que justifica a imprecisão e vagueza da linguagem textual normativa, resultado da impossibilidade de prever todos os detalhes experimentados no caso concreto. Desta feita, o objetivo legal de dar ampla abrangência à norma, alcançando o maior número de casos fáticos possíveis resta obtido. E assim é que:

A atividade de atribuição de um sentido a um enunciado normativo, com grande frequência, conduz a uma pluralidade de resultados interpretativos. Isso se dá em virtude de dois principais fatores: a) a imprecisão imanente dos termos empregados nos enunciados; e b) as incontáveis variações das situações fáticas concretas³³.

A transcendência normativa da interpretação dos direitos fundamentais deve ceder lugar à imanência da aplicação ao caso concreto. Assim, a ação de interpretar encontra sua gênese no mundo das ideias, não sendo aquela escrava desse, uma vez que soluções eficazes para os problemas cotidianos se encontram na concretização desse exercício mental³⁴.

²⁹ Idem, p. 192.

³⁰ Idem, p. 192.

³¹ BATTAGLIA, FELICE, 1951 *apud* BONAVIDE, op. cit., p. 694.

³² BASTOS, Celso Ribeiro *apud* SANTOS, *Ibidem*, p. 193.

³³ Idem.

³⁴ SANTOS, op. cit., p. 193.

2.2.2 Direitos Fundamentais e suas Características

Os direitos fundamentais no ordenamento brasileiro estão coroados com uma posição jurídica privilegiada. Na formação do Estado Democrático de Direito, o legislador originário prendeu a República Federativa do Brasil não só ao respeito a liberdades individuais, mas consagrou a proteção de valores historicamente conquistados como basilares do próprio sistema de poderes.

Da leitura dos textos que positivaram na Constituição Federal os direitos fundamentais, inumerável é a possibilidade interpretativa. Relevante a posição doutrinária de Robert Alexy, cujas acepções interpretativas a cerca do Direito Constitucional Alemão são de grande importância.

Em livre tradução, o Direito Alemão pressupõe quatro características decorrentes da interpretação dos direitos fundamentais: máxima superioridade, máxima força jurídica, máxima importância aos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e, por fim, máximo grau de indeterminação.

A posição de Alexy acerca do Constitucionalismo Alemão é pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro. Guardadas as devidas diferenças entre um sistema jurídico e outro, essas quatro perspectivas podem servir de base para a interpretação constitucional dos direitos fundamentais brasileiros.

2.2.2.1 Máxima superioridade

Compreende essa característica a clássica Teoria Normativa Pura de Hans Kelsen.

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem³⁵.

É o primeiro extremo, a máxima superioridade no ordenamento é o resultado da simples circunstância de que os direitos fundamentais se encontram regulados pela Constituição. Portanto, todo ato ou norma hierarquicamente inferior aos direitos

³⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 34.

fundamentais padecem de controle de constitucionalidade segundo os ditames do princípio *lex superior derogat legi inferiory*.

2.2.2.2 Máxima força jurídica

A máxima força jurídica dos direitos fundamentais encontra razão nos três primeiros artigos da Constituição. Essa suprema carta afirma ser a dignidade da pessoa um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, que é formada por três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos entre si. Aprisiona, ainda, essa formação estatal em vários objetivos, sendo um deles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Também encontra sólidos argumentos no fato de que grande parte dos direitos fundamentais pátrios é petrificada pela Constituição Federal. Cláusulas pétreas referem-se a um núcleo intangível de normas constitucionais, cuja restrição ou modificação para pior é altamente vedada. Isso alimenta ainda mais o fato de possuírem o máximo de força jurídica possível do ordenamento. Robert Alexy diz que não se trata de meras declarações pragmáticas que não gozam de tutela jurisdicional, mas, pelo contrário, os direitos fundamentais fazem presença jurídica concreta, a começar pelas relações administrativas, até terminar na mais alta corte que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal Federal.

Toda a Teoria do Direito e da Norma, bem como a Filosofia Jurídica, estão sendo revistas e reestudadas, por essa força jurisdicional dos direitos fundamentais. Sob a óptica da constitucionalização de todos os ramos do direito, a força normativa desses direitos fundamentais não se restringe ao Poder Público, como outrora era posto, mas como delineador de todas as relações privadas, Seja jurídica ou extrajurídica, pública ou privada, a relação deve sempre apontar para a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais.

2.2.2.3 Máxima importância do conteúdo

O Brasil enquanto pessoa jurídica pública está calcado sobre o binômio República Federativa e Estado de Direitos. Essas duas características se formam a partir dos valores, explícitos e implícitos, adotados pela Constituição Federal. Como Carta Garantista, consequência de longos anos de opressão ditatorial, o cerne

estatal brasileiro se vinculou aos direitos e garantias fundamentais. Esses são os essenciais atributos do Estado brasileiro, inerentes à própria estrutura básica da sociedade.

A Constituição Federal, na formação do governo/sociedade, estatuiu, entre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como características estruturais da sociedade (art. 1º, CF). A construção de uma sociedade livre, justa e solidária são seus objetivos (art. 3º, CF).

Elegeu ainda um extenso rol de direitos fundamentais (art. 5º, incisos, e outros, CF), como a dignidade, a vida, a integridade física, a propriedade, a tutela jurisdicional, a liberdade de imprensa e de religião, entre diversos outros valores cujos bens jurídicos são imprescindíveis para a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

2.1.2.4 Máximo grau de indeterminação

As três propostas já elencadas só ganham sentido quando analisadas em conjunto com o máximo grau de indeterminação dos direitos fundamentais. Significa que não é possível cimentar tais direitos, enrijecendo-os de tal maneira que restrinja sua aplicabilidade. O legislador originário, ao promover os direitos e garantias fundamentais, não quis, por sorte, limitá-los ao texto legal constitucional. Devem, esses direitos, a fim de alcançar com eficácia o caso concreto, ultrapassar a literalidade e formalidade do texto.

Traz isso consequências à Segurança Jurídica? Evidente que sim. Mas, contrariamente ao senso kelseniano dos que pensam que a indeterminação significa insegurança para o ordenamento, o máximo grau de indeterminação, na verdade, cria um ambiente de eficácia e real aplicabilidade dos direitos fundamentais, promovendo a busca incessante por estados ideais originariamente previstos pela Constituição Federal, cuja consequência é confiança e credibilidade jurídica.

Essa característica é a confirmação da quebra paradigmática que ocorreu no final do século XVIII como consequência histórica de grandes opressões de uma minoria elitizada monárquica. A ruptura de pensar os direitos fundamentais tão somente como uma utopia jurídica, um sonho irreal e inatingível, agora se transforma: primeiro, fazendo deles direitos positivados e, segundo, aplicando-os

conforme o caso concreto, interpretando-os de forma a irradiarem em todas as relações – essa é a razão da máxima indeterminação.

A liberdade necessária de interpretação dos direitos fundamentais decorre das três assertivas já elencadas, uma vez que esses direitos revelam máxima superioridade, pois norteiam a criação e aplicação legal, máxima força jurídica em razão da preponderância desses no ordenamento, máxima importância do bem preservado, tendo em vista que tais direitos são a própria essência do Estado. Assim, a indeterminação que permite a livre interpretação de acordo com o caso concreto decorre das características constitucionais dos direitos fundamentais.

2.2.3 Direitos Fundamentais e Democracia

A relação entre direitos fundamentais e democracia é de longa data discutida. Com o surgimento dos primeiros passos do novo Estado Democrático de Direito amplamente subordinado aos dizeres constitucionais, vê-se o Direito cada vez mais atrelado a política e sociedade, buscando na Ciência e principalmente na Filosofia a aproximação do “ser” do Direito com o seu “dever ser”.

O grande questionamento que se segue é quanto à confrontação sócio política (que gera inevitavelmente nuances jurídicas) idealizada pela Constituição Federal e os direitos fundamentais. É competente para delimitar a interpretação constitucional o Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF). Essa delimitação é unilateral, ou seja, não depende de aprovação dos representantes eleitos pelo povo.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal está legitimado constitucionalmente a proferir decisões vinculantes, cuja força é de tal amplitude que orienta os demais Poderes da República brasileira. Isso confirma a harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF), sustentada pelo princípio da vedação ao retrocesso e invasão de poderes.

Em tradução livre e adaptando o texto conforme orientação jurídica brasileira (art. 1º, parágrafo único, da CF: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), afirma-se que a Suprema Corte nacional pode emitir decisões, cuja matéria seja vinculante a ponto de impossibilitar ações legislativas ou executivas contrárias, que afrontam tal decisão. Ora, são dois Poderes cuja legitimação veio do povo e para o povo. Resulta isso em afronta à democracia?

2.2.3.1 O enfoque das teorias ingênua, idealista e realista

Sob uma fundamentação dualista e sincrética, a visão ingênua afirma não haver divergência entre democracia e direitos fundamentais. Lançam mão do maniqueísmo para sustentar tal posicionamento: duas coisas boas não podem se colidir – sendo a democracia e os direitos fundamentais ambos bons, podem eles conviver juntos sem limite algum.

A análise do conteúdo dos direitos fundamentais torna insubsistente esse posicionamento. O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas. Essa mesma carta constitucional, no art. 220, ampara a liberdade de imprensa. Sem dúvida, são bens jurídicos essenciais do Estado Democrático de Direito. Sem embargo, não é possível aplicá-los irrestritamente. Mesmo sendo dois atributos necessários para a efetivação garantista do Estado, há um conflito evidente entre esses bens.

Reconhecer a aplicação conflituosa entre os bens essenciais do Estado é característica da corrente idealista. Essa visão retoma valores do início do século XIX, o Idealismo Alemão desenvolvido por Fichte, Kant e Schelling. Propunha que “[...] a realidade objetiva é produto do espírito humano” ou da “existência de um único princípio [...] que rege todas as coisas”³⁶.

A democracia e os direitos fundamentais, portanto, são proposições ideais alienígenas a esse mundo. “O povo e seus representantes políticos não estão interessados em lesionar os direitos fundamentais dos Cidadãos por meio de decisões parlamentares majoritárias, e, portanto, por meio das leis”, uma vez que os primeiros são os detentores do poder por império constitucional e os segundos só o são por meio da legitimação do sufrágio universal.

O próprio povo legitima os Poderes Legislativos e Executivos, por meio do sufrágio universal. Assim, a motivação política sempre guardará reciprocidade com a vontade da maioria, e, portanto, sempre buscará a efetivação dos direitos fundamentais. Isso leva a conclusão de que, também no âmbito privado, a aplicação do princípio democrático legitima o resultado, pois se consubstancia na vontade da maioria.

³⁶ COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**: história e grandes temas. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p, 188.

Saindo desse plano imaginativo surge a atuação da visão realista que reconhece o possível choque entre os direitos fundamentais e a democracia. Mantém-se o pressuposto lógico da convivência conflituosa entre bens essenciais, ponderando-os sob duas perspectivas divergentes.

2.2.3.2 Direitos fundamentais democráticos e antidemocráticos

O procedimento democrático é pautado por valores constitucionalmente positivados, cujo teor é herança de imensuráveis lutas históricas. São valores supremos pessoais garantidos aos cidadãos: a liberdade e a igualdade. Assim, o funcionamento do processo democrático por meio da proteção à liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como o direito ao sufrágio e outras liberdades políticas é a razão de serem os direitos fundamentais extremamente democráticos.

Por outro lado, os direitos fundamentais colocam em xeque o teor democrático *strictu sensu*. Por tutelarem bens jurídicos imprescindíveis para a consolidação garantista e republicana estatuída em 1988 pela Constituição Federal, os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que garantem um procedimento democrático justo, não ficam subjugados ao seu resultado. É por meio da tutela aos direitos fundamentais que o procedimento democrático torna-se justo, entretanto, nem sempre os meios preconizam os fins. Havendo um devido procedimento, em respeito às liberdades individuais, sua sequela pode, por vezes, não trilhar o mesmo curso.

Outro aspecto relevante à característica antidemocrática dos direitos fundamentais leva em conta o reflexo sociológico experimentado na atual pós-modernidade, cuja afirmação recai na impossibilidade de crença no absoluto. Não há mais verdades absolutas e, esse discurso considerado pela massa, quando confrontado, coloca os seus contrários como entes retrógrados e totalitários, sendo essas acusações, de fato, suas próprias características. Apesar de ser a afirmação paradoxal, porque ela própria é uma verdade relativa, dela decorrem diversas consequências jurídicas.

A pregação do relativismo tomou tamanhos contornos que sacrificar a democracia utilizando dos meios legais aparentemente é autorizado, desde que legitimamente (leia-se, democraticamente) aconteça. O Estado Constitucional

interpretado dessa maneira, “por mor da estrita coerência com os seus princípios, é obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo, a quem não se pode impor que viva em liberdade se livremente ele se decidir a perdê-la”³⁷.

Uma vez que o legado da Segunda Grande Guerra Mundial foi a impossibilidade de impor uma verdade absoluta, pelo perigo que ela representa, não há óbice, nesses termos, de que a democracia se proteja, lançando mão de todos os meios eficazes para resguardar seus conceitos basilares, mesmo que majoritariamente queiram rechaçá-los. É conveniente, portanto:

[...] que, sob ameaça de morte, a democracia se defenda e ataque os liberticidas, não se deixando imolar sob uma compreensão equivocada de si mesma, que a tanto equivaleria quedar-se passiva diante do perigo, aguardar o seu sacrifício ou, resignadamente, caminhar para o patíbulo com as próprias pernas só porque, num momento de eclipse da razão coletiva, uma turbamulta logrou empolgar o poder e sacrificar as liberdades públicas. Não!³⁸.

Isso decorre “porque a democracia não é apenas um sistema de governo, assentado no princípio majoritário, mas também, ou antes de tudo, uma filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo”³⁹. E assim, conforme ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁰, “se a maioria é fraca, se é frouxa, se escorrega para o totalitarismo, é preciso defendê-la contra a própria maioria”.

O grande desafio dessa ponderação entre direitos fundamentais e democracia, verso esse que verticaliza e dificulta ainda mais o tema, é eleger um “critério de verdade que legitima a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos direitos humanos”⁴¹.

Em âmbito jurisdicional internacional, é possível afirmar, sem embargo, que, enquanto a palavra “universal”, que é utilizada numa autoafirmação ainda ilógica dos direitos humanos, for sinônima de “ocidental”, será frustrada a conciliação entre direitos fundamentais e democracia. Inocêncio Mártires Coelho confirma a complexidade e perplexidade, nas seguintes reflexões:

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9.

³⁸ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 10.

³⁹ Idem.

⁴⁰ FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966, p. 60.

⁴¹ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 11.

Pode um motociclista *sikh* exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?

Cabe exigir de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida *kosher*?

Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?

Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa? Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?

Deve-se permitir aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?

Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?

Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?

O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?

Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?

Podem os imigrantes exigir que o enterro dos seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?

Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?

Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em alto-falantes da chamada do muezim para as orações, assim como se permite o toque dos sinos nas torres das igrejas cristãs?

Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?

Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo cultural?

Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem?⁴²

Tal sentimento parece ser compartilhado por todos, ao menos deveria, de tal sorte que ainda há inquietude e insatisfação às respostas dadas até então. Está a democracia apta a “enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas corretas mas também justas, vale dizer, plenamente justificadas por dentro e por fora”⁴³, corroborando assim com um Estado Constitucional de Direito equilibrado a um Estado Constitucional Social, e não um em detrimento ao outro?

⁴² ZAGREBELSKY, op. cit., p. 12-13.

⁴³ Idem, p. 14.

Inocência Mártires Coelho continua, afirmando que:

[...] nesse terreno, qualquer pretensão de acerto absoluto ou de uma só resposta correta será autoilusória ou simplesmente ingênua, e todo ceticismo radical não mais que uma fuga envergonhada⁴⁴.

Ademais, “qualquer posicionamento deverá ser flexibilizado diante da apresentação de melhores razões que apontem para a necessidade de sua alteração”⁴⁵.

Ultrapassadas as questões de caracterização e interpretação dos direitos fundamentais, perpassando pela democracia e reconhecendo nela importante relacionamento, parte-se para análise do lugar em que estão posicionados no ordenamento jurídico nacional. Não foge à regra global dos estados democráticos: os direitos fundamentais constituem a carga axiológica da Carta Maior. O norte dos Poderes da Federação decorre dessa carta, estreitando e definindo os caminhos pelos quais o poder público percorrerá. O poder público, bem ou mal, é a representação de toda a nação e é por essa razão que a constitucionalização dos direitos e suas, por muitas vezes, divergentes consequências são extremamente importantes.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA POSSE COMO GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA NO NOVO PANORAMA CONSTITUCIONAL

O neoconstitucionalismo trouxe um novo viés para os direitos sociais, pois em face da imperatividade das normas constitucionais, o que antes era interpretado como norma programática passou a ser visto como comando dotado de real efetividade, ensejando um verdadeiro direito subjetivo ao indivíduo.

O artigo 6º da Constituição Federal/88 elenca os direitos sociais do indivíduo, que são considerados de forma pacífica como direitos fundamentais, já que o rol do art. 5º da Constituição de 1988 não é taxativo segundo dispositivo do seu § 2º.

Para consolidar a força normativa da Constituição, o art. 5º, § 1º da CF/88, confere aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. A característica “imediata” dos direitos fundamentais não admite intervalo de tempo para produção integral de seus efeitos. Desta forma, se consolida o pensamento

⁴⁴ Idem, p. 13

⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 194.

neoconstitucional de que as normas garantidoras de direitos sociais não podem ficar condicionadas, já que dizem respeito a direito subjetivo do indivíduo⁴⁶.

Vale destacar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da ordem programática, dever constitucional brasileiro (art. 1º, III) e, assim sendo, podemos afirmar que tal princípio:

[...] é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁷

Os direitos fundamentais, então, estão incluídos no conceito de mínimo existencial, uma vez que estão relacionados à ideia de dignidade da pessoa humana positivada no plano constitucional, que por sua importância axiológica compõem um sistema de valores que fundamentam e legitimam toda a ordem jurídica.

Por conseguinte, faz-se necessário garantir não só os direitos relacionados à liberdade dos indivíduos, mas também os direitos sociais (também denominados de direitos de segunda geração).

A Emenda Constitucional 26 de 2000 adicionou ao artigo 6º da Constituição o direito à moradia. O legislador compreendeu, ainda que tardiamente, a importância do referido direito como condição essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano e de sua família, necessário à realização de uma vida digna.

Reclama-se, para plena incidência do preceito, a interpretação conforme a Constituição também dos institutos capazes de garantir o referido direito. Deve-se ter em mente que a posse é ferramenta fundamental para tanto, já que,

[...] a posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem a possibilidade de atender necessidades vitais, como a moradia e o cultivo. Daí surgem as chamadas posse-moradia e posse-trabalho⁴⁸.

⁴⁶ MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística**: função social da propriedade na prática dos tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 100.

⁴⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 305.

Então, a posse, aqui entendida como meio para concretização do fim social à moradia, será reinterpretada a partir da ótica neoconstitucional, com o reconhecimento de sua instrumentalidade para efetivação de valores fundamentais.

3 A SITUAÇÃO URBANA NO BRASIL

3.1 O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da segunda metade do século XX, a população brasileira, que era predominantemente rural, sofreu um acentuado processo de êxodo do campo para as cidades.

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) comprovam que, enquanto em 1940, a população urbana correspondia a cerca de 31% da população, nos anos 70 o número subiu para mais de 44% e em 2000 atingiu o patamar de 81,2% da população.

O crescimento desordenado das cidades, causado pelo êxodo rural e pela revolução industrial, determinou as chamadas crises urbanas, marcadas, dentre outros fatores, pelo déficit habitacional e pela ocupação predatória de áreas inadequadas⁴⁹. A população de baixa renda, sem acesso legal à ocupação de terras para fins de moradia, busca as áreas “esquecidas” pelo poder público, desprovidas de serviços básicos, e que não sofrem um aparato fiscalizatório tão grande quanto as áreas “nobres”.

O problema das terras urbanas no Brasil faz surgir a necessidade de um debate e da releitura da legislação vigente sob a ótica dos ditames constitucionais, especialmente no que diz respeito à função social da propriedade, para que o direito esteja condizente com a realidade social de nosso país.

Percebe-se, então, que qualquer discussão que se empreenda sobre a aplicação das normas legais em matéria de posse e propriedade é por si importante, e deve ser urgentemente retirada das prateleiras acadêmicas para ganhar o chão da realidade. O esforço dessa empreitada, no entanto, deve ser realizado num único sentido: ao encontro daquela realidade e não de confronto com ela. Não há nessa afirmação qualquer espécie de conformismo, em si nocivo, como já alertado. Trata-se, ao contrário, de uma defesa da dinamização da aplicação da norma, fazendo com que ela

⁴⁹ LIRA, Ricardo Pereira. “Direito urbanístico, estatuto da cidade e regularização fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-15.

cumpra a sua própria razão de ser (dever-ser): impor um determinado dever para conseguir regular, conformar, ajustar (ou equilibrar) um fato então, um fato-jurídico. Em outras palavras, a norma nasce em razão de um fato e deve, assim, dar conta desse fato que lhe deu origem. Assim também deve ocorrer com a legislação urbana e todas as normas que disciplinam o direito de propriedade.⁵⁰

3.2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANA BRASILEIRA

O ano de 1963 foi o marco da questão da reforma urbana brasileira. Isto porque nesse ano foi realizado o Seminário de Habitação e Reforma Urbana pelo Instituto de Arquitetos Brasileiros (IAB) e Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), com o intuito de propor soluções para os problemas urbanos.

As resoluções do Seminário já demonstravam a preocupação maior pelos problemas de habitação no país, considerando-a como direito fundamental do homem e da família.

Nos anos 70, surgiu um anteprojeto sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano, que só foi enviado à Câmara dos Deputados em 1983. O projeto, então, recebeu o número 775/83 estando entre as suas diretrizes a:

[...] oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; correção das distorções da valorização da propriedade urbana; regularização fundiária e urbanização específica de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda (art. 2º, inciso IV).

O objetivo do projeto de lei, disposto no seu artigo 1º, era a melhoria da qualidade de vida nas cidades, com a disposição dos objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano⁵¹.

A demora para aprovação do projeto fez com que este perdesse importância diante do cenário em que se encontrava o Brasil em meados da década de 80. Durante a migração do regime ditatorial para o regime democrático, diversos debates surgiram para a elaboração da nova Constituição. No tocante à questão urbana, a proposta que ganhou destaque foi a do Movimento Nacional de Reforma Urbana, que surgiu em meados da década de 80, motivada pelos debates da

⁵⁰ MATTOS, op. cit.

⁵¹ CARDOSO, Adauto Lucio. "A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade". In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Coord.). **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

Assembléia Nacional Constituinte e teve como inspiração a proposta de lei de desenvolvimento urbano.

O movimento propôs uma emenda, denominada de Emenda Popular pela Reforma Urbana, para pressionar o constituinte a incluir na Constituição princípios e instrumentos para a reforma urbana, com um conjunto normativo favorável às demandas populares. A proposta apresentou os direitos urbanos, baseados em princípios gerais. O primeiro princípio geral é o direito à cidade e à cidadania, relacionado com a condição de vida urbana digna e a universalização do acesso aos equipamentos e serviços urbanos⁵².

Consideramos o direito à cidade, expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia - implícita a regularização fundiária - à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos [...]⁵³.

Veja-se que o direito à cidade se refere à possibilidade de as pessoas exercerem plenamente todos os seus direitos, sejam eles, sociais, individuais, econômicos ou políticos. Vale salientar ainda que o mencionado direito já havia sido reconhecido como direito fundamental no plano internacional⁵⁴.

Insta destacar que o direito urbanístico é o instrumento de garantia do direito à cidade, pois reúne as normas que dispõem sobre a ordenação da mesma, e objetiva a organização dos espaços habitáveis em busca de proporcionar ao homem melhores condições de vida na comunidade⁵⁵. Para diversos autores, o direito urbanístico é um ramo autônomo do Direito, mas mantém relação estrita com diversas áreas, principalmente com o direito Administrativo, Ambiental, Civil (neste ponto podemos correlacionar com a posse) e Constitucional (com os direitos fundamentais, principalmente a moradia).

⁵² GRAZIA, Grazia de. "Reforma urbana e estatuto da cidade". In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Coord.). **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 54.

⁵³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. "O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade". In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

⁵⁴ JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. "Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade". In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

⁵⁵ LIRA, op. cit.

O segundo princípio é o da função social da cidade e da propriedade urbana, que equivale à preponderância do interesse público sobre o individual. Nesse aspecto, a destinação da propriedade deve se vincular ao interesse social.

O terceiro e último princípio é o da gestão democrática da cidade, que se preocupa com a participação da coletividade na elaboração de políticas urbanas. Dessa forma, toda a sociedade deve ter acesso à informação quanto ao planejamento e formas de governo da cidade.

A Emenda Popular pela Reforma Urbana contribuiu para a incorporação do capítulo “Da Política Urbana” na nova Constituição e diversas ideias da proposta do Movimento foram absorvidas no texto constitucional. Assim, a Constituição de 1988 inaugurou, na história da legislação brasileira, o conceito de função social da cidade. Ademais, foi incorporada a função social da propriedade genericamente no art. 5º, inciso XXIII, e também a função social da propriedade urbana, no art. 182. Esses conceitos serão tratados e em maior profundidade no capítulo seguinte.

Vejamos o disposto no artigo 182 da Constituição:

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.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

[...] ⁵⁶

Pela leitura do preceito, podemos perceber que o município foi o ente federativo selecionado para execução do desenvolvimento urbano. Assim, após a elaboração da Constituição, houve um amplo debate para o desenvolvimento dos Planos Diretores Municipais.

As Constituições Estaduais e Leis Orgânicas influenciaram na elaboração dos planos, uma vez que estabeleceram metas para concretização dos mesmos. Estes, então, estabeleceram princípios gerais, relacionados, principalmente, com o uso e

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

ocupação do solo, como, por exemplo, a universalização do acesso à terra e à moradia regular digna.

Até o ano de 2001, no entanto, a lei federal, a que se refere o parágrafo 4º do art. 182 da CF/88,³¹ responsável pela aplicação dos instrumentos para obtenção do adequado aproveitamento do solo urbano, ainda não tinha sido elaborada. Como já se viu, desde os anos 70 existia uma discussão para elaboração da Lei de Desenvolvimento Urbano e, em 83 foi proposto o Projeto nº. 775, que não foi aprovado.

Para sanar a omissão de quase treze anos, e fazer valer a discussão sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano iniciada há quase vinte anos, no dia 10 de julho de 2001, foi aprovada a Lei Federal 10.257, denominada Estatuto da Cidade, para, então, regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição e traçar as diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade é considerado o marco da normatização urbanística no Brasil, pois, além de traçar as referidas diretrizes, apresenta os instrumentos para execução da política urbana, com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, caput). Dentre esses instrumentos, é destacado o papel do plano diretor (considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, segundo art. 182, § 2º, CF/88).

Vale salientar que o princípio da gestão democrática da cidade, um dos princípios gerais do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, foi incluído pelo Estatuto, no artigo 2º, inciso II, e regulamentado pelo artigo 40, § 4º. Para a elaboração do plano diretor e fiscalização de sua implementação, deverá haver um processo participativo, com a convocação de audiências públicas, debates com associações representantes de diferentes segmentos da comunidade, publicidade e acesso da população às informações e documentos do plano diretor. Os instrumentos para garantia da gestão democrática estão dispostos no artigo 43 do Estatuto.

Além do plano diretor, o Estatuto da Cidade previu diversos outros instrumentos para execução da política urbana. Nesse contexto, é criada a figura da concessão de uso especial para fins de moradia, disposta no art. 4º, inciso V, “h”, do diploma legal. A disciplina para a concessão de uso especial para fins de moradia estava disposta nos artigos 15 a 20 do Estatuto, mas à época o Presidente da

República vetou os artigos do projeto. Para substituir a disciplina dos artigos vetados, no dia 4 de setembro do mesmo ano de criação do Estatuto da Cidade, foi editada a Medida Provisória 2.220, a fim de regulamentar a concessão de uso especial para fins de moradia, que será aprofundada posteriormente.

3.3 O PAPEL DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA

Partindo, primeiramente, da teoria geral do Direito, sem maiores dissertações sobre o tema, as regras do Direito consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser⁵⁷. O Direito, portanto, identifica os fatos relevantes e os converte para o mundo jurídico, na medida em que a norma, ao incidir sobre determinado fato, o transforma em fato jurídico. Este, por sua vez, quando for resultante de uma manifestação de vontade, é denominado de ato jurídico.

O ato jurídico será eficaz quando for capaz de produzir seus efeitos, isto é, alcançar o seu verdadeiro fim. O professor Barroso⁵⁸ distingue a eficácia social da norma da eficácia jurídica, vez que esta corresponde à concretização do comando normativo no mundo dos fatos e aquela ao efetivo cumprimento do Direito por parte da sociedade. Essa diferenciação é importante para compreender, ainda segundo o autor, que a noção de efetividade passa pelo reconhecimento da eficácia social, ou seja, ao fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada. E assim conclui:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁵⁹

A tarefa do Judiciário, no plano da cidade, ao interpretar, é de ampliar o alcance das normas urbanísticas, segundo sua eficácia social. Para viabilizar esta eficácia, os intérpretes devem se valer dos princípios, como referência para a interpretação, pois estes constituem via segura para garantia do espaço público

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

⁵⁸ Idem, p. 84.

⁵⁹ Idem.

urbano, pressuposto fundamental que qualifica a cidade e garante os direitos urbanísticos dos cidadãos⁶⁰.

Como vimos, o direito à cidade compreende, basicamente, as seguintes necessidades: habitação, lazer, trabalho e circulação, que devem ser atendidas em relação aos mistérios da dignidade da pessoa humana.

Por coerência, estamos que o Judiciário poderá aferir, casuisticamente, o caráter democrático do plano posto. Assim, sempre com visão instrumental e razoável (*due process of law*, caráter substantivo), embora lhe seja vedado atuar como legislador positivo, deverá procurar, não somente no plano formal, mas na legislação ordinária como um todo, os ditames e anseios sociais, e a partir destes identificar o plano materialmente posto pelo povo da cidade. Ali encontrará, então, a função social que aquele povo vislumbra para a cidade, e a partir dela o conteúdo do direito proprietário - a função social da propriedade urbana [...]. Do Judiciário, assim, são esperadas medidas que conformem a propriedade urbana àquele direito (fazendo referência ao direito à cidade). Do Judiciário, pois, é de se esperar uma atuação profundamente comprometida com a efetividade do direito à cidade, enquanto expressão do acesso à justiça. A tanto se chega pela criatividade das soluções e sensibilidade às questões urbanísticas. Que isso é possível não resta dúvida⁶¹.

4 DIREITO À MORADIA

Preliminarmente ao estudo do direito à moradia, é bom frisar que neste capítulo estão descritos sobre esse tema, uma série de termos e acepções dentro do contexto urbano, sobretudo proposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

No tópico que se segue, antes mesmo da problemática em si (direito à moradia), está o étimo, o conceito e amplitude do termo moradia, proporcionando uma melhor compreensão do trabalho em questão.

⁶⁰ CAVALLAZZI, op. cit.

⁶¹ BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Utilização compulsória da propriedade urbana. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193-194.

4.1 DEFINIÇÃO DE MORADIA

A palavra moradia é definida como:

Derivado de morar, do latim morari (demorar-se, tardar), quer propriamente exprimir o lugar em que se demora ou em que se habita. Nesta circunstância, geralmente, significa a casa, em que se habita ou em que se vive.

Mas, tecnicamente, moradia não quer significar propriamente residência ou domicílio. Pode exprimir um lugar de parada ou permanência, sem o caráter definitivo, o animus manendi, que distingue a residência.

E, desse modo, podendo equivaler à residência temporária ou provisória, não se manifesta em equivalência à residência a sua significação rigorosamente jurídica⁶².

O mesmo dicionário remete o leitor para a definição de domicílio e posteriormente residência, e desta forma trata:

Derivado do latim domicilium (morada, habitação), de domus (casa, morada, residência), é, em sentido lato, empregado para designar o lugar em que temos nossa habitação ordinária ou em que mantemos a nossa residência habitual.

Mas, na acepção propriamente jurídica, domicílio tem significação mais restrita. E, assim, indica o centro ou sede de atividades de uma pessoa, ou lugar em que mantêm o seu estabelecimento ou fixa a sua residência com ânimo definitivo. [...]

Residência. Formado de residente, do latim residens, participio presente do verbo residere (parar, deter-se, estar ocioso), exprime, propriamente, o lugar em que a pessoa pára ou se detém para descanso, tendo-o como moradia ou habitação, seja em caráter transitório ou permanente.

Em uma acepção legal, artigo 70 do Código Civil dispõe o seguinte: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com o animo definitivo⁶³”. Essa definição menciona domicílio da pessoa natural, exatamente o tipo de pessoa abordada neste estudo.

O professor Bessa⁶⁴ define moradia:

Na tarefa de definir o direito à moradia, utilizamos como bússola o conjunto das principais normas vigentes acerca da matéria, a saber: arts. 182, 183 e 225 da Constituição Federal; arts. 2.º – mormente os incisos I, II, IV e V – e 43 a 45, do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001). Afinal, não

⁶² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 541.

⁶³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Vade Mecum civil**. Fábio de Vasconcellos Menna (Org.) 5. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁶⁴ BESSA, Eli Meneses. Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano IV, n. 4, setembro de 2005. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, p. 192.

seria útil definir o direito à moradia em contraste com as previsões normativas que devem implementá-lo.

Destarte, o direito à moradia pode ser definido como o direito a uma habitação digna, de dimensões adequadas, que garanta aos seus moradores privacidade e tranquilidade, bem como o acesso aos locais de trabalho e de lazer, aos equipamentos urbanos e comunitários, ao transporte e aos serviços públicos projetados de acordo com os interesses e as necessidades da população, mediante uma gestão democrática e respeitando-se o princípio do desenvolvimento sustentável.

Percebe-se que o direito à moradia está intrinsecamente ligado a um contexto jurídico social, que envolve não só a moradia em si, mas em tudo o que há em seu redor, como o acesso aos serviços públicos básicos.

4.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA MORADIA

Petta ao abordar em seu livro sobre a fábrica e a cidade traz algumas considerações sobre a vida das pessoas, como por exemplo: antes do surgimento das fábricas, a produção de bens era baseada no trabalho caseiro. As fábricas surgiram com o escopo de dominar todo o processo de produção, fazendo assim aumentar seu lucro explorando os proletariados que tinham salários incompatíveis com a função e a jornada de trabalho⁶⁵.

A autora segue afirmando que o fim da escravidão em 1888 e a Proclamação da República em 1889 fizeram o país vivenciar um momento com perspectiva de melhoria de vida. Naquela época a produção de café estava no auge, muitos empresários investiram na indústria com o capital acumulado do êxito do cultivo do café. A comercialização do café favoreceu o crescimento de fábricas, comércios e tudo mais que tinha vínculo, com isso houve a urbanização, ou seja, a população urbana cresceu mais que a rural, a cidade foi crescendo rápida e desordenada.

Em 1888, no governo imperial de D. Pedro II, a Lei nº 3.353 de maio de 1888, sancionada pela Princesa Isabel extingue a escravidão. No final do século XIX muitos trabalhadores saem do campo rumo às cidades, buscar ocupação nas fábricas. Nesta mesma época surge a imigração europeia (a princípio estes imigrantes foram trabalhar no campo, porém com as instalações das fábricas eles acabaram indo para a cidade).

⁶⁵ PETTA, Nicolina Luiza de. **A fábrica e a cidade até 1930**. 4. ed. São Paulo: Atual, 1995, p. 5.

Com tantos escravos libertos, imigrantes e migrantes, todas estas pessoas necessitavam de um lugar para morar, como recebiam baixos salários eles não conseguiam alugar casas, muito menos comprá-las. A saída encontrada foi ir para as áreas menos valorizadas, em busca de moradia, e nessa época a cidade foi crescendo sem qualquer planejamento, de forma completamente desordenada.

Petta⁶⁶ afirma que o início das favelas teve seu ponto marcante em 1904, quando, o prefeito do Rio de Janeiro, Pereira Passos, preocupado com o avanço da cidade, comandou uma das maiores transformações ocorridas no Rio de Janeiro. Naquela época as sedes dos poderes políticos e econômicos se misturavam com as habitações desumanas, inúmeras carroças e animais. Então deu ordens para derrubar 614 prédios no centro do Rio de Janeiro, alegando que estava higienizando a área.

Realmente, a área em que moravam aquelas pessoas no início do século XX era totalmente desumana para moradia, visto o grau de falta de higienização, fato que contribuíam para proliferação de diversas doenças. Porém, o prefeito da cidade estava mais preocupado em embelezar a cidade, já que o centro do Rio de Janeiro funcionava como núcleo empresarial na época. Tanto é verdade, que os moradores foram despejados sem serem indenizados. Não restando outra opção de moradia, estas famílias foram para as favelas, o que fez aumentar ainda mais o número de doenças.

Preocupados com o trabalho que era sua única fonte de renda, os moradores expulsos de seus cômodos foram morar próximo às fábricas, construindo barracos nas encostas do morro.

Observando fatos, percebe-se que as favelas daquela época (1904) são iguais às de hoje (2008). Durante o Governo de Afonso da Pena, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Augusto Tavares de Lyra, recebe um texto que descreve os barracos da favela da cidade do Rio de Janeiro:

A casa tinha a altura de um homem, chão de terra batida, paredes feitas de ripas de madeira trançadas ligadas com barro, latas abertas e tábuas de caixotes. O telhado era construído do mesmo material, com algumas pedras em cima para não serem destelhadas com os ventos⁶⁷.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ PETA, op. cit., p. 19.

Tendo em vista a dificuldade de moradia adequada da classe operária, determinados empresários resolveram construir conjuntos habitacionais junto às fábricas. A prefeitura aprovou as casas rigorosamente com muitas exigências para que as pessoas realmente tivessem uma moradia digna. Engana-se quem pensa que os empresários fizeram isso pensando em melhorar a vida dos pobres, pois os empresários cobravam aluguéis caríssimos, os quais já eram descontados em folha, além de dificultar a união e o fortalecimento dos operários.

4.3 A CIDADE

A cidade, teoricamente em um sentido físico, consiste em um espaço urbanizado onde predominam avenidas, casas, lojas, escritórios, centro administrativo e pouca ou quase nada participação das tarefas agrícolas. Silva⁶⁸ assim relata sobre o conceito de cidade:

O que é, então, a cidade? Fixar o seu conceito não é fácil. Para chegar-se à sua formulação, cumpre lembrar que nem todo núcleo habitacional pode receber o título de urbano. Para que um centro habitacional seja conceituado como urbano torna-se necessário preencher, no mínimo, os seguintes requisitos: (1) densidade demográfica específica; (2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; (3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; (4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios. Não basta, pois, a existência de um aglomerado de casas para configurar-se um núcleo urbano.

Mas aí surge outra dificuldade para formulação do conceito de cidade, porque nem todo núcleo urbano constitui cidade. A Sociologia Urbana é que tem tentado firmar conceitos de cidade, como “uma situação humana”, “uma organização geral da cidade”, “como centro de consumo em massa”, “como fábrica social”, ou “como multiplicidade dialéticas de sistemas” ou como “projeção da cidade sobre o local”.

Desse ponto de vista, ter concepções podem ser destacadas relativamente ao conceito de cidade: a) a concepção demográfica; b) a concepção econômica; c) a concepção de subsistemas.

Cumprido esclarecer que, dentro desta conjuntura econômico-social-política, no Brasil, a cidade é regulamentada pelo Estatuto da Cidade que regulamenta a política urbana, na qual há normas para organização da cidade, especificando como deve funcionar.

Pode-se observar que as cidades se dividem em bairros e estes mostram o lamentável contraste social. Há bairros onde o saneamento básico é completo e

⁶⁸ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 3. ed. Malheiros, 2000.

outros onde não há a mínima condição de higiene, de moradia, com esgoto a céu aberto.

Como o Brasil é um país onde o contraste social impera, vemos que esta desproporção de qualidade econômico-social se encontra, em muitas vezes em um só bairro, e isso é devido ao número de trabalhadores que atuam nas áreas comerciais e residenciais dos bairros nobres.

A causa de urbanização no Brasil está ligada não somente à industrialização como também ao crescimento demográfico, à má distribuição da terra, ao comércio e à modernização da agricultura.

A urbanização em países desenvolvidos aconteceu de forma lenta e organizada, isso foi importantíssimo para a cidade, havendo uma boa infra-estrutura capaz de acomodar todos os habitantes de forma digna, ao contrário da urbanização em países subdesenvolvidos que foi de forma rápida e desordenada. Isto se explica devido aos baixos salários, à concentração de renda e as péssimas condições de vida que os habitantes da área de risco, os sem-terra, sem-teto e os favelados enfrentam.

Com o surgimento das fábricas e indústrias o número de migrantes foi elevado, pois havia uma ilusão de melhoria de vida. A consequência é uma paisagem urbana marcada pela miséria, uma cidade “inchada”, criando uma série de problemas urbanos.

É claro que qualquer cidade não tem condições de absorver tantos migrantes, muitos encaram o drama do desemprego ou subemprego, muitos não têm condições de comprar ou alugar uma casa que ofereça uma moradia digna. Não restando outra opção, a saída foi as submoradias, cortiços, pessoas vivendo debaixo de pontes e viadutos, isso é um fato típico de crescimento desordenado. Todas estas pessoas que vivem em condições subumanas sofrem com a precária infra-estrutura, comprometendo sua saúde. Como a forma de garantir moradia é lenta, a miséria multiplica a cada dia, excluindo os pobres de usufruir a vida com respeito e dignidade.

Enxerga-se todos os anos, quando há enchentes, muitas pessoas perdem seus pertences, casas são destruídas e/ou arrastadas, pessoas são mortas tragicamente, e o pior é que isso acontece todos os anos, como se as autoridades não soubessem que isso iria ocorrer, ou que isso seria um fato desconhecido e incomum. Sempre que acontece isso, o poder público decreta estado de

calamidade. De acordo com o Decreto nº 895, de 16 de agosto de 1993, art. 3º, IV; entende-se como estado de calamidade pública o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive incolumidade à vida de seus integrantes. Muitos acreditam que só se deve decretar estado de calamidade quando acontece algo imprevisto como maremoto, terremoto dentre outros.

No entanto o mesmo decreto fala do Sistema Nacional de Defesa Civil cujo dois dos seus objetivos sejam: Planejar e promover a defesa permanente contra desastres naturais ou provocados pelo homem; e prevenir ou minimizar danos, socorrer e assistir populações atingidas e recuperar áreas deterioradas por desastres.

Coordenar e executar as ações de defesa civil compete aos Estados e Municípios. A Constituição Federal em seu artigo 21, inciso XVIII, diz que compete à União – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações.

4.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A atual Constituição Federal é democrática, logo deve resguardar o núcleo de seu poder, o povo, garantindo a esse os fundamentos lá previstos, como a moradia.

Hoje, um direito constitucionalmente assegurado, reconhecido como de segunda dimensão ou geração.

Dentro da situação social, jurídica e econômica da moradia, sua eficácia, tornasse imprescindível quando o Estado promove uma política urbana e habitacional, garantindo a integração social e territorial das comunidades, fato que deixa a desejar, no contexto brasileiro.

Um avanço significativo foi a criação dos institutos; usucapião urbano e concessão especial de uso para fins de moradia que são regulamentados pelo Estatuto da Cidade e pelo Código Civil (posteriormente falados).

O artigo 183 da Carta Magna de 1988 trata da concessão de uso de imóveis, e este está regulamentado pela Medida Provisória 2.220 de 04 de Setembro de 2001.

A concessão de uso especial trata das áreas públicas que estão ocupadas indevidamente, porém esta concessão não se dá quando a área for destinada à preservação ambiental e à proteção dos ecossistemas naturais e têm outros requisitos, como: a área não pode ultrapassar 250 m²; não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A concessão de uso especial coletiva é da mesma forma da individual, desde que não seja possível identificar os terrenos ocupados por mais de 250 m² pela comunidade de baixa renda.

4.5 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Iniciando a análise pela terminologia direito fundamental, empregada de vários modos no meio doutrinário (direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos da pessoa, direitos individuais, entre outros) e até mesmo na Constituição Federal (direitos e garantias fundamentais, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos e garantias individuais, entre outros), sendo importante dizer que os direitos fundamentais são aqueles que dão sustentabilidade a Constituição, ou seja, o mínimo essencial a sua existência⁶⁹.

Ao tratar de direito fundamental, como esse está incluso na Constituição Federal, é necessário frisar a fase atual do Direito Constitucional, denominada neoconstitucionalismo.

Didier Júnior⁷⁰ comenta essa fase:

Vive-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por consequência, também tem força normativa os princípios e enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

⁶⁹ FERRAZ, Fernando. Direitos e garantias individuais. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano II, n. 2, setembro de 2003. Fortaleza: Faculdade Farias Brito. p. 27-39.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008. V. 1. p. 27.

O direito a moradia foi incluso na Constituição Federal de 1988 pela emenda constitucional nº 26 do ano de 2000, estando previsto expressamente no caput do artigo 6º, Capítulo II (Dos direitos sociais), Título II (Dos direitos e garantias fundamentais).

Bessa⁷¹ assevera que devido à declaração constitucional que os direitos e garantias fundamentais não deixam de fora outros provindos do regime por ela adotado (artigo 5º, § 2º, da CF) e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), abre um rol que coloca o direito à moradia como materialmente fundamental antes mesmo da emenda constitucional nº 26.

O Título II descreve o rol dos direitos e garantias fundamentais, esses referidos no § 4º, do art. 60, como cláusulas pétreas, concluindo que não se pode restringir o rol dos direitos e garantias individuais unicamente ao artigo 5º. Comungando desta opinião Morais⁷² afirma que:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente “cláusulas pétreas”. Lembremo-nos, ainda, de que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionalmente de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Por se ter este *status* de cláusula pétrea, encaixa-se como norma constitucional de eficácia absoluta, tipo de classificação criada por Diniz⁷³ que assim expõe:

[...] contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distingui-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis.

⁷¹ BESSA, op. cit.

⁷² MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 595.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98.

A moradia também pode ser vista como uma norma programática. Miranda *apud* Morais⁷⁴ fala sobre esse tipo de norma:

[...] são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidos de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos a invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhados de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Com uma visão mais protecionista se manifesta Osório⁷⁵:

A realização progressiva do direito à moradia produz os seguintes efeitos imediatos:
 A faculdade de o cidadão exigir de forma imediata as ações constitutivas desse direito, em face da inércia do Estado, que pode gerar inconstitucionalidade por omissão;
 O direito de acesso a Justiça mediante ações e processos judiciais eficazes destinados à proteção do direito à moradia;
 O direito de participar da formulação e execução e implementação da política habitacional.

O Estado (principalmente após a segunda metade do século vinte) deve garantir o direito à moradia ao ser humano, juntamente com os demais direitos sociais: à educação, à saúde, o trabalho, o lazer, a proteção à maternidade, à infância, e, como não se trata de um rol fechado, o que restar necessário para a manutenção dessa dignidade.

O acima mencionado justifica-se por tratar-se de um direito de segunda geração, divisão utilizada por doutrinadores e pela jurisprudência, esse (direito à moradia) exige do Estado uma atitude, para garantir ao cidadão uma melhor qualidade de vida em sociedade. Além do mais, o desrespeito a esse direito, acarreta a violação indireta a outros direitos fundamentais.

⁷⁴ MORAIS, op. cit., p. 9

⁷⁵ OSÓRIO, Letícia. **Texto elaborado (COHRE) por delegação do Fórum Nacional da Reforma Urbana.** p. 29. 2004.

Sobre o assunto afirma Osório⁷⁶:

Portanto, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar políticas públicas de habitação que assegurem a efetividade do direito à moradia. Tem também responsabilidade de impedir a continuidade de programas e ações que excluam a população de menor renda do acesso a uma moradia adequada. A dimensão dos problemas urbanos brasileiros contém a questão habitacional como um componente essencial da atuação do Estado Brasileiro como promotor de políticas voltadas para a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a justiça social. A cidade informal evidencia a necessidade de construção de uma política urbana que vise a inclusão social e territorial da população, tendo como meta a regularização fundiária e a urbanização dos assentamentos de baixa renda.

Falando de direitos humanos, a moradia é um deles. De fato, é o que se pode concluir pela leitura do artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Não se podendo esquecer que o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, autoriza o ordenamento jurídico brasileiro a buscar nos tratados, direitos e garantias fundamentais, e caso atenda as determinações postas no parágrafo 3º (tratados de direitos humanos; e aprovados em cada casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros) esses terão equivalência de Emenda Constitucional.

Em um nível infraconstitucional, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), norma que estabelece diretrizes gerais da política urbana, faz parte de uma determinação constitucional para a garantia desse direito.

O legislativo criou um guia sob a coordenação da Câmara dos Deputados buscando a melhor implementação dessa lei (sendo uma de suas metas justamente garantir o direito fundamental à moradia previsto pela Constituição), esse afirma:

A Constituição tornou exigência a formação do sistema de normas de direito urbanístico, que deve ser composto pelas normas constitucionais referentes às políticas urbana, lei federal de desenvolvimento urbano, o conjunto de

⁷⁶ Idem, p. 21.

normas sobre a política urbana estabelecidas nas Constituições dos Estados, lei estadual de política urbana e a legislação estadual urbanística, e o conjunto de normas municipais referentes à política urbana estabelecidas nas Leis Orgânicas dos Municípios, no Plano Diretor e na legislação municipal urbanística.

A União, de acordo com o artigo 21, inciso XX, tem a competência para estabelecer as diretrizes para a habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Com base no artigo 24, inciso I, a União, no âmbito da competência concorrente sobre direito urbanístico, tem como atribuição estabelecer as normas gerais de direito urbanístico por meio da lei federal de desenvolvimento urbano. Essa lei deve conter as diretrizes de desenvolvimento urbano, os objetivos da política urbana nacional, a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição e instituir os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão desta política⁷⁷.

Essa norma geral é efetivada a nível municipal por meio do Plano Diretor, com um problema, estas leis municipais, ainda primam muito pela pureza técnica, deixando de lado problemas sociais urbanos. Com a participação social na elaboração do Plano Diretor, esta tendência está aos poucos se transformando. O projeto da cidade (Plano Diretor) é previsto constitucionalmente no parágrafo 4º, do artigo 182.

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 183, adotou como uma das formas de resguardo ao direito à moradia o usucapião urbano e a concessão especial de uso, que foram positivados também pelo Estatuto da Cidade.

4.6 A MORADIA COMO BEM DE FAMÍLIA

Esse assunto merece um tratamento específico, mesmo que breve, por demonstrar a valoração da moradia. O bem de família é definido por Venosa⁷⁸ da seguinte maneira:

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

⁷⁷ BRASIL. **Estatuto da Cidade**: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Caixa Econômica Federal e Instituto Polis. p. 29.

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 407.

O direito ao bem de família nasceu nos Estados Unidos, para ser mais específico, na República do Texas, com a publicação da Lei do Homestead, no ano de 1839. Já no Brasil, apareceu pela primeira vez no Código Civil de 1916, sob a espécie apenas voluntária (dependendo de registro cartorário), sendo renovado pelo atual Código Civil, nos artigos 1.711 a 1.722. Estando também positivado na atual Constituição Federal.

Acerca do assunto narra Gonçalves⁷⁹:

A sua origem remonta ao início do século XIX, quando o Estado do Texas, em consequência da grave crise econômica que assolou os Estados Unidos da América do Norte, promulgou uma lei (homestead act) em 1839, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor. Surgiu, assim, o instituto do homestead, que se entregou na legislação de quase todos os Estados norte-americanos e passou para o direito de outros países. No Brasil, além da legislação ordinária que será a seguir mencionada, o princípio foi acolhido, em benefício do pequeno produtor rural, na Carta Magna de 1988, cujo art. 5º, XXVI, proclama que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre meios de financiar o seu desenvolvimento.

Sua forma legal só surgiu com a vigência da Lei nº 8.009, de 29 de março 1990, significa dizer que o imóvel residencial, atendidas as determinações legais, a partir desse momento passou a ser impenhorável (resguardado pelo Estado), é o que está posto no artigo 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.

Imóvel residencial é definido legalmente nos termos dessa mesma lei como aquele utilizado pelo casal ou pela entidade familiar (para a CF a família nasce com o casamento, com a união estável ou pode ser monoparental, essa composta por um dos cônjuges ou companheiros e a prole) para moradia permanente. Essa definição vem sendo dilatada pelo entendimento dos tribunais.

Já em relação à abrangência deste direito (impenhorabilidade) menciona o parágrafo único do retro mencionado artigo: A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 6. p. 509-510.

qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarneçam a casa, desde que quitados.

Seja o bem de família voluntário ou o legal, imóvel, móvel ou valor, ambos devem estar estritamente ligados à residência da família ou da entidade familiar (união estável ou família monoparental), é o que se pode auferir da leitura dos artigos retro mencionados e dos artigos 1.712 e 1.713 do novo Código Civil.

Gonçalves⁸⁰ comenta a vinculação do bem de família a residência:

Considera-se requisito básico para a caracterização do bem de família que o prédio seja residencial. Há, também, que constituir residência efetiva da família. Não pode, portanto, tratar-se de um terreno em zona urbana ou rural nem prédio que não se preste a esse fim, como galpão industrial, loja comercial, posto de gasolina, obra inacabada etc., salvo se devidamente comprovada a mudança de destinação ou a sua adaptação para imóvel residencial. Decidiu, todavia o Superior Tribunal de Justiça ser inadmissível a penhora incidente sobre garagem de apartamento residencial, mesmo que tenha matrícula própria no Registro Imobiliário.

Demonstrando-se as opiniões opostas da jurisprudência, favorecendo as discussões contra ou a favor acerca da impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador.

Caso prevaleça o entendimento da penhorabilidade do bem do fiador, certamente irá refletir no déficit habitacional. Pois grande parte da população brasileira vive em casas alugadas, justamente aquelas pessoas de baixa renda, que necessitam de fiador.

O artigo 3º da Lei 8.009/90 enumera outras exceções a impenhorabilidade do bem de família: 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 de imóvel familiar; V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; V – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

⁸⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 514-515.

4.7 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Devido às situações enfrentadas pelas diversas organizações populacionais, mais precisamente nos centros urbanos, a doutrina vem travando discussões acirradas sobre o que vem a ser função social da propriedade.

Analisando a Constituição Brasileira de 1988, esta tratou de discriminar o que vem a ser função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII) urbana, prevista no parágrafo 2º, do artigo 182, e o que vem a ser função social da propriedade rural, contida no artigo 186 do mesmo diploma constitucional, deixando para trás os preceitos individualistas do Código Civil de 1916, e dando ensejo ao atual Código Civil.

O Código Civil em seu art. 1.228, em parágrafos vanguardistas, descreve a função social da propriedade. O parágrafo primeiro estabelece que: o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Também digno de transcrição o parágrafo segundo: São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Deve-se deixar claro, que todos estes procedimentos são tomados com o intuito de afastar práticas danosas como a especulação imobiliária ou a deliberada degradação ambiental, tendo em vista a qualidade de vida, a ser alcançada e mantida, assegurando-se a dignidade da pessoa humana.

Silva ⁸¹ assim explica:

A função social, assinala Pedro Escribana Collado, “introduz, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

⁸¹ SILVA, op. cit.

O artigo 182 da atual Constituição quer dizer que cidade deve atender aos interesses e necessidades de seus habitantes e para isso se fazem necessários meios legais para seu planejamento e execução como, por exemplo, o plano diretor, o qual a cada dez anos a sociedade e o poder público têm que debater com o escopo de procurar meios eficazes de melhoria de condições para os habitantes da cidade.

O artigo 186 da atual Constituição que versa sobre os requisitos para manutenção da função social da propriedade rural, não é matéria aqui abordada, por escapar do tema função social da propriedade urbana.

Em decorrência da exigência constitucional, algumas adaptações merecem ser feitas na aplicação do Código de Processo Civil (CPC), como ensina o professor e doutor em Processo Civil Didier Júnior⁸², ao tratar da magnitude social do conflito de terras e da adaptação do CPC ao dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade.

Magnitude social do conflito de terras:

Mudança de comportamento do magistrado: aplicando com prudência as regras jurídicas, notadamente tendo a consciência das dimensões do ato que pratica;

Atuação correta da força policial: evitar um novo Carajás;

Concessão de prazo para a medida; deve o magistrado conceder um prazo para a realização da medida, pois se sabe que aquele sem número de pessoas, muitas vezes rústicas, precisam ser removidas com o cuidado que a situação exige;

Providência adotada pelo Conselho de Defesa da Pessoa Humana: [...] o cumprimento de mandado de reintegração ou manutenção de posse onde haja pluralidade de réus seja procedido na presença (in loco) do Juiz e do representante do Ministério Público. Tal recomendação objetiva prevenir a ocorrência de conflitos no campo, a exemplo de alguns incidentes que lamentavelmente têm ocorrido nos últimos tempos;

Intervenção do Ministério Público (art. 82, III, CPC): recente alteração legislativa obriga a intervenção do MP em causas que envolvem litígios coletivos fundados em posse de terras rurais;

Imprestabilidade da tutela individual: uma solução mais razoável é tratar os conflitos possessórios multitudinários de forma coletiva – e não como um processo individual bastante complexo.

Adaptação do Código de Processo Civil ao dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade:

A Constituição: exige que a propriedade, conquanto deve ser protegida, atenda à função social;

⁸² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. Juspodium: Salvador, 2004. V. 3. p. 38.

Constituição e CPC: há necessidade de adaptar a disciplina das questões reivindicatórias e possessórias ao quanto disposto na Constituição, pois se trata de norma que informa a interpretação e a aplicação da lei ao Judiciário;

Proposta de alguns doutrinadores: é preciso pensar em novos pressupostos processuais para as ações possessórias, como exigência de comprovação do cumprimento da função social da propriedade, a qual, se não atendida, redundaria e desqualificação da posse;

Interrogação: mesmo descumprindo a função social, um latifundiário poderia ainda manter a posse de um imóvel, e assim obter a tutela autônoma desta situação, pois sabemos que no juízo possessório não se discute a propriedade; E aí?

a) exigir-se uma função social da posse?

b) Admitir-se como ainda existente a propriedade, mas sem idoneidade para, e, razão do descumprimento do preceito constitucional, ensejar a proteção possessória autônoma?

A função social apareceria como fundamento jurídico da demanda [...].⁸³

O que se deve esclarecer, é que não se pode mais aceitar, para a proteção da moradia, argumentos patrimoniais individualistas, necessário se faz o respeito à função social, considerando-se, logicamente, o descaso dos poderes públicos no que se refere à demanda habitacional de interesse social.

A Lei 10.257/2001, conhecido como o Estatuto da Cidade, é uma lei federal, criada em 2001, para proteger o Direito à Cidade, garantindo que a cidade cumpra a sua função social.

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto a qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º nesta Lei.

Percebe-se que a lei federal não se omitiu na definição legal da função social da propriedade. Logo esse direito positivado, constitucionalmente e infraconstitucionalmente deve ser respeitado.

A função social (bem comum) da propriedade deve sempre ser posta horizontalmente com a propriedade privada, para desse sopesamento se extraia razoavelmente a solução ideal ao caso concreto. Não podendo simplesmente passar por cima da instituição da propriedade privada, base do direito das coisas, descaracterizando-a como direito privado.

⁸³ DIDIER JR., *ibidem*, p. 38.

5 CONCLUSÃO

Parece incongruente falar em teorias que contemplem maior efetividade aos direitos fundamentais num Estado que é Democrático de Direito e que tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É possível que um país pautado nesses valores não dê máxima efetividade jurídica aos Direitos e Garantias Fundamentais?

Fosse negativa a resposta, nem o paradigma que rechaça todo o Poder Público, nem a crise social que possui contornos globais, haveria razão de existir. Especialmente no Brasil, a prática revela que o desenvolvimento proposto pelas autoridades que estão à frente do país, muitas vezes, não são paralelos à tutela efetiva dos direitos fundamentais. Trata-se de um governo “do” povo, mas não “para” o povo, reduzindo em pura falácia os ditames constitucionais, retirando o que há de mais importante em uma nação: a sua identidade.

Não é surpresa a constatação dos maléficos resultados da democracia brasileira, instrumentalizada pelo sufrágio universal. Sem identidade, o princípio democrático e sua natureza se tornam falaciosas. Nunca foi tão evidente que a vontade da maioria não é suficiente para garantir um estado de bem estar social. Isso leva toda a sociedade a repensar a forma de organização do Estado. Não significa uma revolução neocomunista, mas uma reinterpretação do estatuído na Constituição Federal de 1988 e uma releitura das relações sociais sob a óptica dos mais mezinhos objetivos propostos nessa Carta Magna.

Há, por esse passo, uma reconciliação entre direitos fundamentais e democracia, de modo que ambos os institutos, inegavelmente, são de grande valia. Por serem tidos como “bons”, fazem parte dos maiores anseios populares. Essa verdade não pode ser construída sem dialogar com a atividade inata do ser humano de julgar pessoalmente o que é “bom” e o que é “ruim”. Nesse diapasão, valorar torna-se uma atividade extremamente subjetiva e pessoal, de tal maneira que um sujeito pode considerar o casamento entre homossexuais, o divórcio, a poligamia, a pornografia, o aborto, entre outros, como a exaltação maior do Direito de Liberdade, enquanto outro, um maléfico retrocesso sócio-cultural.

A busca pelo bem próprio, por muitas vezes, se não todas, pode seguir na contramão da busca pelo bem comum. A pós-modernidade e a proposta de

relativização de todas as coisas propõem, sobremaneira, o homem cada vez mais isolado, auto-suficiente, ressuscitando a filosofia helenística. A sociedade perfeita não é composta de várias pessoas que vivem felizes, mas de várias pessoas que vivem para fazer do outro alguém feliz. Esse é o verdadeiro estado ideal.

A ideia individualista afronta o que de mais essencial há nos direitos fundamentais. Deve haver a proposta de um princípio cooperativo regulador da atividade humana. Após a dialética entre direitos fundamentais e democracia, o que se propõe é uma visão conglobada dos direitos fundamentais e da democracia, com o escopo social.

A partir da adoção do novo modelo de dogmática jurídica, que é o neoconstitucionalismo, os princípios passam a ser considerados verdadeiras normas dotadas de imperatividade. O pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, além de incorporar valores na Carta Constitucional, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, atesta que os princípios devem nortear a atividade jurisdicional, já que são as normas mais importantes do direito positivo, ocupando assim, uma posição de centralidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BESSA, Eli Meneses. Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano IV, n. 4, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, setembro de 2005.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). **Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Utilização compulsória da propriedade urbana. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Estatuto da Cidade**: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Caixa Econômica Federal e Instituto Polis.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Vade Mecum civil**. Fábio de Vasconcellos Menna (Org.) 5. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. Juspodium: Salvador, 2004. V. 3.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAZ, Fernando. Direitos e garantias individuais. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano II, n. 2, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, setembro de 2003.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 6.

GRAZIA, Grazia de. “Reforma urbana e estatuto da cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Coord.). **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. “Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. “Direito urbanístico, estatuto da cidade e regularização fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.). **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). **Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OSÓRIO, Letícia. **Texto elaborado (COHRE) por delegação do Fórum Nacional da Reforma Urbana**. 2004.

PETTA, Nicolina Luiza de. **A fábrica e a cidade até 1930**. 4. ed. São Paulo: Atual, 1995.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 3. ed. Malheiros, 2000.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.