

**O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.
26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO
CIVIL**

*THE HUMAN RIGHTS OF HOUSING AFTER CONSTITUTIONAL AMENDMENT N.
26, 2000 AND ITS ANALYSIS WITH HOUSING LAW IN CIVIL LAW*

Sergio Iglesias Nunes de Souza

Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professor da Graduação em Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo (Brasil). E-mail: doutoriglesias@hotmail.com.

Submissão: 10/04/15

Aprovação: 13/01/16

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o direito à moradia perante a comunidade internacional, bem como tratar de sua análise na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 após a Emenda Constitucional n. 26, 2000. É proposto uma análise do direito à moradia e o direito de habitação, comparativamente, no direito privado e o estudo de suas características. A moradia é considerada um bem da personalidade à luz do direito civil e, portanto, elenca-o como um direito da personalidade já que é um direito subjetivo de todos. Por fim, conclui sua análise pela teoria dos círculos concêntricos entre moradia, domicílio, residência e habitação e seus reflexos no ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia; Direitos humanos; Emenda Constitucional n. 26, de 2000.

ABSTRACT

This work has the purpose to analyze the right to housing in the international community, as

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

well as dealing with its analysis in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 after the Constitutional Amendment. 26, 2000. It is proposed an analysis of the right to housing and the right to housing, comparatively, in private law and the study of its features. The villa is considered a good personality in accordance with civil law and, therefore, lists it as a right of personality as it is a subjective right of all. Finally, concludes his analysis by the theory of concentric circles between residence, domicile, residence and housing and its effects on the legal.

KEYWORDS: *Right to housing; Human rights; Constitutional Amendment. 26, 2000.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar o direito à moradia como um dos direitos humanos nos diversos tratados que o elegem, bem como busca analisar a moradia como direito fundamental no atual art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil após a Emenda Constitucional n. 26, de 2000.

Propõe-se uma perspectiva do direito humano no que se refere à responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional, através dos tratados e convenções que o país tenha acordado. Paralelamente, quando a natureza desse mesmo direito é alçada a direito fundamental no prisma constitucional há a sua aplicabilidade imediata numa relação jurídica entre sujeitos diversos: o Estado e o indivíduo. É, neste particular, analisado a eficácia vertical do direito à moradia perante aquele, numa perspectiva desse direito também social.

O direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, tampouco resulta no dever Estatal de dar um imóvel para todo aquele que não tem um teto. O mecanismo político, econômico e sociológico de preservação desse direito permanece na linha de um Estado que se nutre do capitalismo moderno e que assim merece se manter, mas em que, ao mesmo tempo, deve-se apaziguar as desigualdades sociais com normas de conteúdo programático que facilitem a moradia, seja através de normas legislativas ampliativas desse direito, bem como no regime de tratamento dos contratos de acesso à moradia, formas de execução e, ainda, no dever Estatal de se manter uma moradia adequada e digna.

A proposta deste artigo é o estudo inicial da distinção entre moradia e habitação no seu plano ontológico para se buscar entre estes dois direitos os seus efeitos no plano da eficácia. Reconhece a moradia à luz do direito privado como um bem extrapatrimonial da personalidade, logo, oponível perante os particulares. É, neste caso, a eficácia horizontal do direito fundamental e humano.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

1. O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO

O direito à moradia tem proteção legal no âmbito do direito internacional e, especialmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na década de 80, no direito brasileiro iniciou-se o processo de democratização que culminou em transformações no plano interno tendo como origem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹

Ao longo desse processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos,² aceitando, expressamente, a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo país às obrigações assumidas. Nesse cenário é que a temática dos direitos humanos se consolida como uma das mais relevantes pautas da agenda internacional do Brasil contemporâneo.³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução 271A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, sendo ratificada pelo Brasil na mesma data,⁴ já proclamava o direito à moradia, não obstante utilizar-se da expressão *habitação*, estabelecida no inc. XXV, item I:

¹ A partir de então, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil: a) A Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura, em 20.07.1989; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.1989; c) Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24.01.1992; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13.08.1996; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21.08.1996.

² Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos, sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos governos, bem como todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, sendo dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, conforme estabelece o Capítulo I, incisos 1 e 5, da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25.06.1993. A Declaração reconhece e afirma que todos os direitos humanos derivam da dignidade e dos valores inerentes à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 232.

⁴ Quanto à interpretação dos citados dispositivos, estabelece o art. 30 da referida Declaração que: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁵

Ao lado do citado dispositivo, o inciso XII da referida Declaração Universal prevê a tutela do lar do indivíduo: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Apesar de este último dispositivo fazer menção ao *lar* do indivíduo, reconheceu-se, por certo, a necessidade da tutela do direito quanto à vida privada no âmbito da moradia, posto que esta há que ser exercida sem interferências indesejadas ou abusivas, na medida em que o Estado deverá proteger o indivíduo de tais interferências ou ataques.

Foi reconhecido, taxativamente, o direito de *habitação* como um dos elementos, entre outros, capaz de assegurar um padrão de vida concernente à própria dignidade de existência do ser humano, daí por que foi elevado ao grau de direito humano e garantido ao indivíduo a segurança no exercício de dito direito.

Quase vinte anos depois, como reforço dos direitos humanos pós-guerra que se iniciou em 1948, adotou-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,⁶ quando, pela primeira vez, o termo *moradia* surgiu no seu art. 11:

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

A nova ordem econômica, social e cultural é fixada ante o contexto do próprio art. 2.º do referido Pacto, em que cada Estado-parte que se fez presente se comprometeu a adotar medidas tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais,

⁵ Tradução não-oficial, obtida na obra *Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, fornecida pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado e do Governo do Estado de São Paulo, São Paulo, 2.ª tir., série documentos n. 14, agosto de 1997.

⁶ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, e ratificado pelo Brasil, em 24.01.1992.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

principalmente, nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis⁷ que visassem assegurar, de forma progressiva e constante, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos, incluindo a adoção de medidas legislativas com esse fim.

O Brasil anuiu, em 24.01.1992, com o referido pacto, a moradia como direito humano. A moradia passou a ser concebida como um direito de toda a pessoa devendo o Estado tutelá-la de forma efetiva.

A proteção do direito à moradia como direito humano deu-se, para o cenário internacional, como uma técnica de plano de desenvolvimento social adotado pelo Estado brasileiro cuja adoção das medidas legislativas deve permitir a facilitação do exercício da moradia. Deve o Estado propiciar a utilização de lugares que lhe reservem o seu pleno exercício, sem se questionar a necessidade da efetiva propriedade, mas que assegure, principalmente, às classes econômicas menos favorecidas, o exercício desse direito como forma de garantia de um nível de vida tido como adequado pelos organismos internacionais. Dessa forma, as medidas político-legislativas que restrinjam o direito à moradia, segundo o referido Pacto Internacional seriam atentatórias ao referido direito.

No sistema interamericano, o de maior relevância é a referida Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, e tão-somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana.⁸

Embora a Convenção não enuncie de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limita-se a determinar aos Estados que alcancem de forma progressiva a realização desses direitos, mediante a adição de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, consoante estabelece o art. 26. É a Convenção Americana que assegura, de forma enumerada, os direitos civis e políticos, de forma semelhante ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

No âmbito desses direitos, também se encontra o direito à moradia, sob a expressão do *direito de residir*.

Dessa forma, o direito de toda pessoa que se encontre legalmente no território de um

⁷ Aponta-se, aqui, a inadequação da adoção incondicionada da teoria da reserva do possível quando se refere aos direitos humanos.

⁸ A referida Convenção foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil, em 25.09.1992.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Estado poder ali permanecer, conforme estatui o art. 22 da Convenção Americana: “Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais”. A referida Convenção estabeleceu como direito humano o direito de a pessoa optar por sua residência no país que estiver de forma legal, pois se trata da relação de fato o lugar em que a pessoa habita ou tem o centro de suas ocupações, isto é, onde se exerce a morada com a intenção de permanecer.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986,⁹ tem como ponto de partida o reconhecimento de que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes, reconhecendo, por fim, que o direito ao desenvolvimento é também um direito humano e inalienável, já que se trata da igualdade de oportunidade para o seu desenvolvimento, cuja prerrogativa é tanto das nações quanto dos indivíduos que as compõem, conforme estatui o art. 1º.¹⁰

O art. 8º, inciso 1, estabelece também o direito de habitação como um dever do Estado. Este deve tomar medidas necessárias à realização desse direito para o desenvolvimento da pessoa humana, assim prescrito: “Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda”.

Dessa forma, atribuído o direito ali referido como *habitação*, uma vez que, em sentido internacional, não houve propriamente uma efetiva diferenciação terminológica da *moradia*, determinou-se o respeito a tal direito fundamental, sem distinção de qualquer espécie, já que a moradia é tratada como um fim de maior proteção do ser humano e norma fundamental do direito internacional perante os direitos humanos.

O direito de habitação também fora reconhecido por meio da Declaração Americana

⁹ Adotada pela Resolução 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04.12.1986, tratando-se de declaração de direitos humanos aprovadas pelo Brasil.

¹⁰ Da mesma forma estabelece o art. 2º, inciso 3, prevendo que: “Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes”.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

dos Direitos e Deveres do Homem,¹¹ pelo art. 11: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. Da mesma forma ocorre, paralelamente, com os incisos VIII e IX da referida Declaração.

Há, ainda, outros Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados também pelo Brasil. Vejamos.

Há o reconhecimento ao direito de alojamento aos refugiados, consoante a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados,¹² que prevê no art. 21:

No que concerne ao alojamento, os Estados-contratantes darão, na medida em que esta questão seja regulada por leis ou regulamentos ou seja submetida ao controle das autoridades públicas, aos refugiados que residam regularmente no seu território, tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que o que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral.

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos,¹³ utilizando-se da expressão domicílio,¹⁴ assim se manifestou no art. 17, parágrafos 1º e 2º: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”. “Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,¹⁵ no art. 5º, além de garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, reforçou-o principalmente no gozo dos seguintes direitos, alíneas *d*, *i* e *e*, *iii*: “*d*) Outros direitos cívicos, particularmente: *i*) Direito

¹¹ Adotada pela Resolução 30, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, tratando-se de declaração de direitos humanos assinadas pelo Brasil.

¹² Adotada, em 28.07.1951, pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14.12.1950.

¹³ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, e ratificado pelo Brasil, em 24.01.1992.

¹⁴ Constitucionalmente, segundo o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quanto à amplitude dessa proteção, tem-se que: “o domicílio constitucionalmente falando não é a residência apenas nem reclama estabelecimento com intenção definitiva. É todo o local delimitado e separado, que alguém ocupa com direito exclusivo e próprio, a qualquer título. O ponto essencial da caracterização está na exclusividade em relação ao público em geral. Assim, é inviolável como domicílio tanto a moradia quanto o estabelecimento de trabalho, desde que este não esteja aberto a qualquer um do povo, como um bar ou restaurante” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 37).

¹⁵ Adotada pela Resolução n. 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965, e ratificada pelo Brasil, em 27.03.1968.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado”. “e) Direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: *iii*) direito à habitação”.

Não obstante a Convenção referir-se principalmente ao direito de locomoção na alínea *d*, é de observar-se que o “direito de escolher residência” também é um direito pertinente ao direito à moradia, já que, principalmente pelo caráter subjetivo que este direito se exerce, confere-se a todos, indistintamente, o direito de optar pelo seu exercício em determinado local, exaurindo-se no efetivo direito de habitação.

Na Convenção sobre os Direitos da Criança,¹⁶ protege-se, por meio da utilização da expressão *lar*, o direito à inviolabilidade deste, e, por conseguinte, assegura-se proteção também ao direito à moradia, sem interferências alheias, no art. 16, incisos 1 e 2:

Nenhuma criança será sujeita a interferência arbitrária ou ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem a atentados ilícitos à sua honra e reputação.

A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

Ainda, fez-se alusão ao direito à moradia em outras Declarações sobre Direitos Humanos, já que complementa a proteção atribuída a esse direito com as declarações e tratados acima mencionados. Pode-se citar a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976,¹⁷ e a Declaração sobre o Desenvolvimento, supramencionado; cite-se a Agenda 21,¹⁸ de 1992, bem como a Agenda *Habitat*, em 1996, estabelecida na Conferência do *Habitat II* de Istambul,¹⁹ nas quais os governos devem tomar apropriadas ações em ordem

¹⁶ Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, e ratificada pelo Brasil, em 24.09.1990.

¹⁷ A Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976, adotada pela primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Vancouver, na Seção III (8) e Capítulo II, (A.3), estabelece, respectivamente, que: “Adequada habitação e serviços são um direito humano básico, pelo qual coloca como obrigação dos Governos assegurar a realização destes para todas as pessoas, começando com assistência direta para os menos avantajados através de programas de ajuda mútua de ações comunitárias, os Governos devem se empenhar para remover todos os obstáculos que impeçam a realização destas metas. De especial importância é a eliminação da segregação social e racial, *inter alia*, através da criação de comunidades melhores e equilibradas, com a combinação de diferentes grupos sociais, ocupações, moradias e amenidades”. E, na sequência, tem-se: “A ideologia dos Estados é refletida por suas políticas de assentamentos humanos. Estas, por serem instrumentos poderosos para mudanças, não podem ser utilizadas para despossuir pessoas de suas casas ou terra ou para manter privilégios e exploração. As políticas de assentamentos humanos devem estar em conformidade com a declaração de princípios e a Declaração Universal de Direitos Humanos”.

¹⁸ A Agenda 21, adotada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro (1992), no Capítulo 7, em seu item 7.6, trata do direito à moradia, da seguinte forma: “O acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações de âmbito nacional e internacional”.

¹⁹ Aqui, o direito à moradia concebido como direito humano foi o principal tema de debates e de negociação entre países e organizações não-governamentais e comunidades de base, ao lado dos temas do desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos, dos instrumentos e formas de cooperação internacional e do papel das

**O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA
ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL**

para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia. As normas internas que suprimam o gozo de tal direito caracterizam a supressão de direito humano e violação das declarações, dos pactos e convenções internacionais.²⁰

O direito à moradia, assim, foi reconhecido na “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial” (1965); “Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher”(1979); “Convenção sobre os Direitos da Criança”(1989); “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); “Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver” (1976); “Declaração sobre o Desenvolvimento” (1986); e “Agenda 21” (1992); “Agenda Habitat II” (1986).

A adequada moradia segundo o § 43 da Agenda *Habitat*, da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, de Istambul, em 1996, está umbilicalmente relacionada com: adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infraestrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde e adequada locação com relação ao trabalho e serviços básicos, devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível. Tais elementos, não obstante as características de natureza patrimonial, cercam o direito à moradia dada a proteção existente que é garantida ao indivíduo. Na referida Agenda *Habitat*, o § 24 estabelece que o direito à moradia compreende a habitação adequada, sadia, segura, protegida, acessível e disponível, e esta inclui serviços básicos, facilidades e o gozo de liberdade ante disseminações de moradia e a segurança legal de posse (isto é, a posse específica, a habitação).

É a habitação, nesse sentir, também um fato ambiental já que a Resolução da ONU, Comentário Geral n. 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 12 de dezembro de 1991, embora não a conceitue, trata dos componentes do direito

Nações Unidas, bem como a implementação e acompanhamento do plano global de ação sobre os assentamentos humanos.

²⁰ Na Lei 10.931/04, art. 48, o Brasil adotou a proibição da eleição da cláusula contratual de equivalência salarial ou comprometimento de renda na aquisição de imóveis por financiamento imobiliário, além de adotar critérios processuais desfavoráveis aos mutuários para discussão de seus direitos, com regras especiais diferenciadas ao então CPC/73 e ao Código Civil de 2002. É norma que implica na prioridade do Estado brasileiro em políticas favoráveis aos interesses econômicos de credores em questão, já que tais critérios funcionavam como elemento regulatório e de equilíbrio das partes em contratos de financiamento imobiliário e não houve preocupação legislativa em adotar um critério similar, mas que também atendesse ao interesse de todas as partes no sistema habitacional. São tais normas exemplificadoras de políticas legislativas de retrocesso ao direito à moradia pelo instrumento contratual de financiamento imobiliário.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

à moradia, dentre vários, a habitação, assim compreendido pelo termo “habitabilidade”.²¹

O direito à moradia, concebido como direito humano, é definido pelos documentos internacionais tendo como características primordiais a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação, conforme dispõe o art. 5º, parte I, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.06.1993, devendo haver obrigação de o Estado, no que diz respeito ao direito à moradia, com fundamento no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constituir legislação, instrumentos, um programa e plano de ação sobre política habitacional de modo a garantir, progressivamente, esses direitos a todos os indivíduos.²²

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O direito à moradia pela Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000 foi incluído expressamente no rol dos direitos constitucionais, sob o Capítulo II, como Direito Social passando a ter o art. 6º o seguinte teor:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação atualizada pela Emenda Constitucional n. 64, de 2010)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e as garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Em relação ao direito à moradia, é de observar-se que tal direito fora posto como direito social

²¹ “Os **componentes do direito à moradia** são os seguintes: (...) d) **habitabilidade**. A **moradia adequada** deve ser habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegendo-os do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida também. O Comitê incentiva os Estados partes a aplicar amplamente os Princípios da Higiene da Moradia preparados pela OMS, que consideram a moradia o fato ambiental que, com mais frequência, associa-se às condições favoráveis à transmissão de doenças em análises epidemiológicas, significando que, as condições inadequadas e deficientes de moradia e de vida são associadas, invariavelmente, às taxas mais elevadas de doenças e mortalidade”. (g.n.) O Enunciado 14 de Direito Civil do Fórum Nacional dos Juizados Especiais utiliza o termo “habitabilidade”: “Os bens que guarnecem a residência do devedor, desde que não essenciais à habitabilidade, são penhoráveis”, isto é, os bens móveis que diretamente atendam à moradia da pessoa.

²² GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121-241; e TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacionais e nacional. *Arquivos de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 1999, p. 3-56.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

pela Emenda 26, de 2000.

Alexandre de Moraes aponta que os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado social de direito tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes e visa à concretização da igualdade social que configura um dos fundamentos de nosso Estado democrático, conforme preleciona o art. 1.º, inciso IV.²³ Quanto aos direitos individuais e coletivos considera que tais direitos estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como vida, dignidade, honra, liberdade.²⁴

José Afonso da Silva, afirma que os direitos sociais:

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²⁵

Explicita aquele autor que os direitos individuais são os que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos, diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.²⁶

Daí surgir a necessidade de se perquirir sobre a natureza do direito à moradia e a sua origem dentro do nosso ordenamento jurídico.

Conforme anteriormente analisado, tem-se que o direito à moradia é um dos direitos humanos e estes foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil. Os direitos humanos são direitos inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis. Nesse sentido, o tema quanto aos caracteres dos direitos fundamentais desenvolveu-se sempre à sombra das concepções jusnaturalistas, tal como lembra José Afonso da Silva.²⁷ Mas, ainda que se exclua a conotação jusnaturalista, vê-se que há, também, certos caracteres quanto ao direito à moradia em decorrência da inclusão no permissivo constitucional.

²³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral, comentários ao art. 1.º ao 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos...*, cit., p. 43.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, p. 276-278.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 181 e 188.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 179.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Quanto à própria historicidade, é de observar-se que existiu e sempre existirá necessidade do ser humano quanto à moradia adequada e digna. A moradia já foi reconhecida como um problema social, ou por um fator econômico ou ainda de renda, tal como menciona Friedrich Engels.²⁸

Não importando o momento histórico ao qual se refira, a questão habitacional é um problema do indivíduo e da sociedade que está relacionada ao exercício de outro direito: o direito à vida. Há muito que o ser humano deixou de ser nômade. O homem, na Antiguidade, vivia de forma precária. Assim, ao observar que o seu alojamento num lugar fixo lhe traria melhores resultados de continuidade ao seu desenvolvimento sociocultural e econômico, optou pela moradia fixa. Daí a importância de analisar a questão da habitação humana como um fato decorrente do processo histórico, para compreendê-la no contexto de cada época, bem como a sua evolução.²⁹

Não se considere, nesse sentido, que o direito à moradia seria um direito absoluto, em virtude do elemento histórico, pois o seu caráter absoluto não tem nenhuma implicação histórica.³⁰ Por certo, o direito à moradia, tal como ocorria ao direito à liberdade no período da escravidão, nem mesmo foi considerado como existente, embora ambos os bens extrapatrimoniais, na concepção aqui do direito privado, a moradia e a liberdade, sejam elementos essenciais à condição de existência do ser humano e estejam, historicamente, sempre presentes nos anseios deste ou na grande maioria da população de todas as sociedades.

²⁸ ENGELS, Friedrich. *Para a questão da habitação*. 2. ed. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa –Moscou: Avante-Progresso, 1984, p. 210-211.

²⁹ Porém, não se deve confundir a historicidade, no sentido de entender que o direito à moradia seria um direito existente em qualquer momento histórico, mas sim no sentido de que tais direitos nascem, modificam-se e podem até desaparecer como qualquer outro direito. A historicidade reforça toda a fundamentação no direito natural, na essência do ser humano ou na natureza das coisas. Mas não é seu elemento característico e individual para o reconhecimento do direito à moradia, é apenas o seu elemento presente no correr dos tempos (José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p. 181).

³⁰ Merecem transcrição os comentários de José Afonso da Silva em que cita a posição de Pontes de Miranda, na sua obra *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 4/18, 613 e 625, aliado a Carl Schmitt, em *Teoria de la Constitución*, p. 192: “Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade). É também inaceitável essa doutrina, posto que ela está fundamentada na conhecida opinião do autor sobre a existência de direitos fundamentais supra-estatais, o que não é muito diferente da posição jusnaturalista. Assim, absolutos seriam os supra-estatais, cuja validade, segundo o autor, independe de posituação interna constitucional, enquanto os relativos seriam aqueles que somente teriam validade se previstos no Direito Positivo interno. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia admitir a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão de lei”.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Ninguém poderá perder ou transferir a terceiros o direito de morar, ao contrário do que poderá ocorrer com o direito de habitação. Há a possibilidade de uma variação do exercício do direito de moradia quanto a determinado bem ou local, mas tal direito não poderia ser considerado alienável. O direito à moradia não recai sobre o objeto, mas no bem extrapatrimonial (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo, e é nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano. A partir desta noção de que são os bens da personalidade em que se apoiam os ditos direitos surge a sua inalienabilidade.

A imprescritibilidade do direito à moradia também é sua característica. Como lembra José Afonso da Silva,³¹ não se pode olvidar que o exercício de grande parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em relação a estes não se verificam requisitos que importem em sua prescrição, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis, já que a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a pretensão do exercício dos direitos de caráter patrimonial, mas não a exigibilidade dos direitos personalíssimos extrapatrimoniais, ainda que individualistas. É de certa notoriedade que o direito à moradia se exerce sem a necessidade de uma intercorrência temporal e jamais prescreve, apenas extingue-se com a morte de cada ser humano. A cada nova violação (ato lesivo) do direito à moradia, surge novo direito de indenização ou proteção jurídica em favor do prejudicado.

A natureza da irrenunciabilidade do direito que é um dos caracteres dos direitos fundamentais, é também do direito à moradia. Como direito humano fundamental deve ser interpretado como possibilidade de viver de modo adequado com a condição humana, ou seja, com direito à alimentação, ao vestuário, à assistência médico-odontológica, à educação, à cultura, ao lazer e demais condições vitais, conforme pontifica Alexandre de Moraes.³² Se a moradia pressupõe condições de vida digna, teriam os favelados, os que dormem embaixo de viadutos e pontes direito à proteção? Quais as formas de transformar esse direito formal de todos em direito efetivo? Nesta complexa problemática social, filosófica, sociológica e antropológica, tem-se que um dos meios para transformar esse direito formal em direito efetivo é o reconhecimento do Estado do caráter irrenunciável do direito à moradia por cada indivíduo, já que as garantias constitucionais tem como elemento principal a proteção do indivíduo perante o seu próprio Estado, no plano da eficácia vertical daqueles direitos fundamentais.

³¹ José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p. 179.

³² Alexandre de Moraes, *Direitos...*, cit., p. 87.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

O Estado tem o dever de garantir o direito à moradia, em nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

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

Há universalidade do direito à moradia visto que a sua abrangência engloba todos os indivíduos, independentemente de qualquer outro requisito, como a nacionalidade, o sexo, a raça, o credo, a convicção político-filosófica ou sua condição econômica. Apesar das diferenças todos gozam plenamente do exercício desse direito fundamental. Não só os nacionais, mas também os estrangeiros domiciliados no país são destinatários da norma constitucional.

A atuação do Poder Público deve garantir a efetividade desses direitos constitucionalmente previstos com mecanismos coercitivos. Apesar do direito à moradia ter sua aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício e as normas infraconstitucionais também devem atuar em conjunto com a norma constitucional, protegendo e facilitando o exercício desse direito.

O direito fundamental é um direito interdependente, principalmente quando se trata também de direitos humanos. O mesmo se dá com o direito à moradia. Existe um liame entre ele e o direito à vida, à integridade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado, portanto, é conjugado a outros direitos também fundamentais. A interdependência de direitos é a tendência moderna dos direitos, decorrentes de um resultado social de globalização.

O processo de globalização de direitos, embora incipiente, pode ser observado através

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

do método de observação do estudo das normas e da jurisprudência brasileira e no direito comparado, seja pela análise dos direitos humanos e suas estruturas fundantes até o direito privado, como também pelo diálogo das fontes normativas.

Trata-se de um efeito jurídico de maior expansão em que sua análise metodológica se impõe, de modo que os efeitos das normas não fiquem em desordem perante a sociedade. Esse efeito expansivo de direitos, de maior envergadura no plano da eficácia é similar, comparativamente, à ideia trazida pela teoria da criação do universo do “big bang”³³ entre os cosmólogos, já que a complexidade das relações sociais caminham em grau expansivo, mas ao contrário do universo que se expande de forma aleatória e em desordem, segundo apontam algumas evidências científicas, tem-se nas ciências humanas uma globalização dos direitos centrada não só a todo o ser humano, mas nas suas relações intersubjetivas como ser em um meio social, com reflexos no direito privado e público, em que a moradia, v.g., reflete-se no direito ao meio ambiente e direito urbanístico.

Os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. Antes da criação da emenda constitucional não se mencionava o direito à moradia como um direito social. Na literatura jurídica era frequente a menção ao art. 6.º como um capítulo dedicado às relações de trabalho.³⁴

Para alguns autores, os direitos sociais são o conjunto de normas assecuratórias da liberdade e da segurança do assalariado, sob o ponto de vista individual e coletivo, como conceitua Roberto Barcellos de Magalhães,³⁵ demonstrando naturalmente sua ideia de direito

³³ Intitulada inicialmente de teoria da hipótese do ato primordial de Georges Lemaître e desenvolvida por outros, constatada segundo evidências científicas recentes.

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil do art. 5.º ao 17.º*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2, p. 397. Esses autores ressaltam que não se deve confundir os direitos sociais com os dos trabalhadores, porque estes últimos dizem respeito àqueles que mantêm um vínculo de emprego. Os citados autores aduzem que melhor seria se o constituinte, na esteira dos tratadistas franceses, empregasse a expressão *les libertés di travail* – as liberdades do trabalho – ou os direitos dos trabalhadores, uma vez que a cláusula “direitos sociais” pode abarcar no rol de seus beneficiários os profissionais liberais e, até mesmo, os empresários.

³⁵ MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Liber Juris, 1993, vol. 1, p. 87. O referido autor, sob as diretrizes de Georges Gurvitch, tem as seguintes considerações: “O Direito Social é um direito de integração objetiva em conjunto. Ele faz os sujeitos, aos quais se dirige, participarem diretamente do todo, que por sua vez participa atualmente das relações jurídicas. Assim acontece porque o Direito Social é fundado sobre a confiança, ao passo que o Direito individual, ou, mais precisamente, interindividual e intergrupual, se baseia na desconfiança. Um é o direito de paz, de ajuda recíproca, do trabalho em comum; o outro é o direito de guerra, dos conflitos, de delimitação; porque até mesmo quando ele aproxima parcialmente os sujeitos, como nos contratos, não o faz senão os afastando ao mesmo tempo e os separando. Se todo direito pode ser definido como a ligação das pretensões de uns com os deveres de outros, ligação imperativa-atributiva, no Direito Social as pretensões e os deveres de interpenetrarem formam um todo indissolúvel; ao passo que no Direito individual não fazem senão chocar-se e limitar-se. No Direito Social predomina a justiça distributiva, no

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

social voltada exclusivamente ao direito do trabalhador.

Pinto Ferreira³⁶ ao comentar a respeito dos direitos sociais, acompanhando a exposição procedida por Schmitt, entende que se deve distinguir um grupo de direitos sociais do homem, ou seja, os direitos de liberdade dos indivíduos nas suas relações mútuas no círculo social, enunciados da seguinte maneira: liberdade de manifestação da opinião, de discurso, de imprensa, de culto, de reunião e de associação.³⁷

A Constituição enumera no art. 6.º os direitos sociais em sentido genérico, mas nos artigos seguintes são mencionados em sentido estrito, ou seja, os direitos sociais são os chamados direitos trabalhistas. O tratamento com maior profundidade dos direitos sociais é feito no Título VIII, sob a Ordem Social, ao discriminar a educação, a saúde, a previdência social, das quais a referida emenda, infelizmente, não tratou.

O direito à moradia não foi total novidade na referida emenda constitucional. Antes dela, por uma rápida leitura do *caput* do art. 5º e do *caput* do art. 6º poder-se-ia entender equivocadamente, a princípio, que esse direito não fora reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, antes da Emenda n. 26, pela ausência expressa de norma referente ao tema, concluindo o leitor desavisado que o direito à moradia até então jamais havia sido positivado no direito brasileiro no âmbito constitucional.

O direito à moradia já era previsto na CRFB/88 antes dessa Emenda, porque o art. 7º, inciso IV, já tratava dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e, ao tratar do salário-mínimo já havia demonstrado a preocupação com a moradia do indivíduo.

Havia a preocupação da norma constitucional apenas com relação à moradia do trabalhador, porém estava inserida no capítulo dos direitos sociais, mas estes, na verdade, não pertencem tão-somente a uma determinada classe, no caso a classe dos trabalhadores, mas a

Direito individual, a justiça comutativa. O Direito Social e o Direito individual são irredutíveis um ao outro, tanto como o nós e o eu, tu, ele, eles. Entretanto, como a sociabilidade por interpretação possui um primado sobre a sociabilidade por interdependência o Nós, a união intuitiva sendo virtualmente presente sob toda a comunicação simbólica, sob toda relação com outrem, o Direito Social prima sobre o Direito individual porque está virtualmente presente sob toda regulamentação jurídica delimitativa”. E conclui seu pensamento, ao afirmar que a Constituição Federal, em verdade, esmera-se nesse terreno, fazendo incluir direitos sociais e trabalhistas no capítulo das garantias individuais, alargando o seu círculo de incidência aos trabalhadores das cidades e dos campos.

³⁶ FERREIRA, Pinto, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., t. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 18.

³⁷ A locução “direito social” é consagrada irremediavelmente como uma contraposição ao direito individual, e, segundo o magistério de A. F. Cezarino Jr., “expressa o complexo de normas e princípios que têm por sujeitos os indivíduos enquanto membros de grupos sociais diferentes do Estado e, tendo em vista as diferenças de situação econômica entre eles existentes, visa a colaboração de todos ao bem comum, atribuindo determinadas garantias aos grupos menos favorecidos” (A. F. Cezarino Jr., *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970, vol. 1, p. 20).

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

toda coletividade em geral. A moradia, embora não constituída expressamente até então como direito social genérico, já era tratada como preocupação e considerada com *status* constitucional. Pela CRFB/88, o salário mínimo haveria que atender a essas necessidades básicas e vitais, pois reconhecidamente a moradia era tida como necessidade vital básica do ser humano. Daí sua forte característica não só de direito social, mas, sob este prisma, também de direito personalíssimo, fundamental e humano, ante o seu liame existente com a necessidade básica de sobrevivência do indivíduo.³⁸

A fonte desse direito, em verdade, está assentada no próprio direito natural, pois, como já dito, a sua origem na natureza das coisas tem como reflexo o reconhecimento desse direito no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consistindo o direito à moradia, constitucionalmente, direito básico e elementar de cada indivíduo, não obstante ser enquadrado como direito social, tinha razão de ser pela norma constitucional.

A justificativa para o direito à moradia ser um direito social permite a possibilidade de maior estruturação da legislação infraconstitucional no sentido de preservá-lo, a fim de proteger o indivíduo, sem que, sob o pretexto de proteger a coletividade, seja sacrificado. Ou seja, não se justifica o sacrifício do direito à moradia de uma pessoa ou de algumas delas, sob o pretexto do benefício social. Se o direito à moradia fosse incluído apenas como direito individual ter-se-ia a sua própria fragilidade diante do interesse da função social.

O direito de propriedade é exercido plenamente quando limitado pelo interesse social, o mesmo se diga quanto ao direito à moradia. É certo que esse direito se constitui como inerente a cada um, sendo inviolável em qualquer hipótese. A sua inclusão como direito social no texto constitucional tem por objetivo a proteção da sociedade, mas visto com o objetivo de proteção, antes, do indivíduo. E, nesse caso, não se justifica a lesão desse direito a uma ou mais pessoas, ou apenas parte delas, sob o argumento de que o direito à moradia visa à

³⁸ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região de São Paulo, em reiteradas decisões, assentou que o direito à moradia já estaria insculpido na Constituição Federal, ao decidir acerca da inconstitucionalidade da execução extrajudicial de imóvel por meio do Dec.-lei 70/66. Eis a decisão: “Ementa. Processual civil. Tutela antecipada. Dec.-lei 70/66. Duvidosa constitucionalidade. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. (...) II – O *periculum in mora* exsurge incontestemente do prejuízo a ser causado em caso da perda do imóvel, atentando contra o direito à moradia, cujo *status* constitucional é assegurado pelo art. 7.º, IV, da Carta Magna. E em seu voto, assim decide o relator Des. Ferreira da Rocha: O perigo de dano irreparável, por sua vez, exsurge incontestemente do prejuízo iminente a ser causado em caso da perda do imóvel, atentando contra o direito à moradia, cujo *status* constitucional é assegurado pelo art. 7.º, IV, da Carta Magna” (Agravo de Instrumento 1999.03.00.010037-1-SP, j. 29.06.1999, DJU, 29.09.1999, rel. Des. convocado Ferreira da Rocha). Sobre o direito à moradia e os contratos habitacionais do SFH, ver ROCHA, Sílvio Luis Ferreira, Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia, *Revista do Direito do Consumidor*, Brasilcon, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, ano 9, p. 176-184, out.-dez., 2000.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

proteção da função social e, nesse passo, estar-se-ia observando o seu regramento fundamental. Ao contrário, o objeto da norma constitucional é a preservação do direito do indivíduo à moradia e, em decorrência, atende-se a esse direito em benefício da sociedade.

De fato, as normas relativas aos temas que envolvam o direito em questão deverão ter por finalidade a ampliação do seu exercício, a sua proteção e os meios de assegurá-lo e preservá-lo, pois é um direito inerente a cada ser humano. Uma norma infraconstitucional que não atenda, ou contrarie, ou, até mesmo, restrinja ou implique em retrocesso ao exercício do direito à moradia ou, ainda, dificulte o seu acesso, será inconstitucional quanto ao conteúdo, ainda que tenha sido regularmente formada, publicada e sancionada. A CRFB/88 deu proteção a tal direito e o exercício deste deve ser mantido, mas não restringido, independentemente da política administrativa ou executiva, ou, ainda, de normas do Poder Executivo ou do Legislativo que regulamentem esse direito humano, seja sob o prisma do dever Estatal perante a comunidade internacional, como também do Estado perante a sociedade brasileira.

O direito à moradia é concebido, sob o prisma constitucional, como um direito de segunda dimensão (na forma de liberdades públicas impõe obrigações positivas e negativas ao Poder Público para garantir a dignidade da pessoa, uma vida digna). E, ao mesmo tempo, há a sua concepção à luz do direito civil no campo dos direitos da personalidade (garantias mínimas na perspectiva privada). E a visão civil-constitucional é necessária para uma melhor visualização desse direito com a completude do direito de habitação, que é a sua materialização ou instrumentalização, de regra, em um imóvel.

3. DIREITO À MORADIA E DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Na ocupação do imóvel com a natureza de habitação, o Código Civil de 2002 vale-se do termo habitação e suas variações em diversos dispositivos legais: aquele que habitar prédio ou mesmo parte dele no art. 938; o qualifica também como direito real, art. 1225, VI; no exercício da posse de um prédio pelo possuidor ou proprietário, fazendo cessar as interferências dos que o habitam, art. 1.277; quando o uso consistir no direito de habitar a casa alheia, art. 1.414; o direito de habitar conferido a mais de uma pessoa, permitindo o uso gratuito em relação a outro que tenha o mesmo direito e, ao mesmo tempo, não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la, art. 1.415; a aplicação para a habitação as disposições relativas ao usufruto (por exemplo, o recebimento de alugueres), art. 1.416; aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

tutela, art. 1.736, V e, ainda, o direito real de habitação com características próprias ao cônjuge sobrevivente, art. 1.831,³⁹ todos do Código Civil de 2002.

Se alguém é constringido ou se lhe retira o direito de habitar, quando existente, surge a possível violação do seu bem de envergadura maior que é a moradia. Sendo a moradia um bem da personalidade para o direito civil, passível é o direito de proteção preventiva (tutela de remoção do ilícito), compensatória (indenização compensatória por danos morais) e repressiva (teoria do desestímulo e caráter pedagógico da indenização por danos morais), observados os diversos critérios de quantificação da indenização do dano moral da razoabilidade e proporcionalidade firmada pelo STJ.⁴⁰

Por esta razão, adota-se uma distinção, porém, uma necessária complementaridade dos círculos concêntricos entre o direito à moradia, domicílio, residência e habitação.

A adoção de uma teoria distintiva não tem caráter formalista, em que pese certo tom de segurança e racionalidade jurídica⁴¹ quanto à eficácia nesta interpretação. Ao contrário, dá-se como reflexo da concepção dinâmica do direito, da interpretação das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, bem como dos princípios gerais de direito que norteiam o atual Código Civil de 2002 (Código Reale), bem como os seus alicerces pela socialidade (fato), operabilidade (norma) e a eticidade (valor).⁴²

A “doctrine distinguish and complementarity of concentric circles” (doutrina da distinção e complementaridade dos círculos concêntricos do direito à moradia e o de habitação)⁴³ permite visualizar a distinção entre habitação, residência, domicílio e moradia.

³⁹ A Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único estabelece o direito real de habitação para o sobrevivente de união estável de forma condicionada.

⁴⁰ STJ, AgRg no REsp 492634, 4ª Turma, j. 06-05-14, DJe 19-05-14, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. O Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil admite a função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil do disposto no art. 944 do CC/02.

⁴¹ WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Organizado e anotado por Maz Rheinstein. New York: Clarion Book, 1967; para estruturas e funções do direito, BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

⁴² REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do direito*. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 121.

⁴³ A construção teórica quanto ao tema da moradia visa a formação da neutralização política do Poder Judiciário com os demais Poderes Executivo e Legislativo, embora, em si, o juiz atue como agente político do Estado na função típica jurisdicional e na concepção de Estado de Direito liberal como característica do modelo subsuntivo e, portanto, é uma das formas de manifestação do Poder Estatal. A crise atual da subsunção, o debate da vinculação entre interpretação e determinação do direito pelos juízes e os desafios atuais para a possibilidade de compreensão racional desse processo evolutivo para a ciência jurídica são os temas atuais nas reflexões do conceito da integridade do direito desenvolvida por Ronald Myles Dworkin, *Law's Empire*, 1986, para uma racionalidade judicial contemporânea. A teoria do direito como integridade opõe-se às formulações do pragmatismo e o convencionalismo jurídico (entendido este no sentido de que as proposições jurídicas somente são verdadeiras quando decorrentes da equidade, da justiça e devido processo legal ditada por uma determinada sociedade, já que o convencionalismo é uma interpretação do positivismo jurídico e se não houver solução pela convenção jurídica previamente concebida, o juiz deverá recorrer ao seu poder discricionário fundamentado (art. 93, IX da CRFB/88), a fim de evitar acusações de arbítrio ou usurpação de poder. Vale ressaltar, o princípio do livre convencimento motivado deve ser observado pelo juiz de direito.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

É preciso distinguir para compreender ambos os direitos no plano da existência e da ontologia e complementá-los para o plano da eficácia.

O seguinte raciocínio é possível à luz das esferas dos círculos concêntricos para a elucidação da distinção de habitação, residência, domicílio e moradia: toda pessoa natural que reside em um lugar com ânimo definitivo tem ali seu domicílio e, ao mesmo tempo, naquele lugar tem sua residência e sua “habitatío”.

Note-se que nem todo aquele que habite signifique necessariamente que ali resida; o fato de residir em determinado lugar não implica que ali seja seu domicílio, embora ali tenha a sua habitação. Mas é no lugar em que tiver o seu domicílio (intenção de permanecer – elemento subjetivo), decerto, ali também resida (elemento objetivo) e, ao mesmo tempo, habita. E, ainda, é possível que ele habite um imóvel, sem residir, como a hipótese de estar em uma casa de praia alugada em um fim de semana a passeio, com sua posse direta apenas neste período. E, se o faz habitualmente, por ser sua casa particular de recreio, pode-se dizer que ali reside ou, quiçá, se onde alternadamente viva, constituir-se-ia também em domicílio (art. 71 do CC/02).

E, por fim, em qualquer dessas situações, a pessoa natural tem para si o atributo da moradia consistente na esfera maior do círculo concêntrico externo representado pela teoria, em que seu domicílio é na esfera imediatamente inferior, ante a noção de que domicílio e moradia são atributos da pessoa humana, bens da personalidade.

Observa-se que ambas as conceituações sobre a habitação e moradia estão muito próximas e identificáveis, porém, desde já alertamos que partimos da análise de uma e outra, sob a diferença pivotante que assim consideramos, qual seja, a posição de que na habitação se tem o seu exercício de forma transitória, ainda que nela não se permaneça o ânimo (elemento intencional presente apenas para o domicílio).

No caso de habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto, v.g, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, em flats etc. No conceito da moradia é sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o seu exercício, sendo-lhe inerente, havendo o dever de outrem possibilitar o exercício da moradia à coletividade, dever este não só do Estado, mas também de quem por ele atua, facilita ou representa.

Por essa razão, a habitação, residência, domicílio e moradia não têm diferenças valorativas, mas ontológicas.⁴⁴ Poderá haver o interesse de habitar por alguém que recaia

⁴⁴ Há quem sustente ser a moradia um interesse habitativo, baseado nos estudos do direito italiano até a década de 80 e decorre claramente da teoria do interesse (TEPEDINO, Gustavo. *Diritto all'abitazione e rapporti locatizi*, Tese (Doutorado) Univeristà degli Studi di Camerino, Facoltà de Giurisprudenza, Scuola di

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

sobre determinado imóvel, mas inexistir o direito de habitação. Daí por que, v.g. a invasão de áreas sem o direito de habitar ⁴⁵ não é autorizada pela imissão ou turbação em grandes centros urbanos ⁴⁶ sob o mero interesse individual do direito à moradia, sem sopesar outros direitos envolvidos (como a propriedade que atenda à função social, o planejamento urbano, mobilidade, etc.), principalmente, se houver ordem judicial de reintegração possessória pelo Estado de Direito da sociedade atual. ⁴⁷

A moradia não é baseada no interesse habitativo como tutela da personalidade, mas na natureza da moradia que é o próprio bem da personalidade, ⁴⁸ porém, diferencia-se da

Perdezionamento in Diritto Civile. Relatore Prof. Guido Biscontini. Correlatore Prof. Francesco Prosperi. Anno Accademico 1984-1985, p. 86-7; e que o interesse habitativo faz parte da tutela da personalidade, como GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*, São Paulo: Renovar, 2006, p. 56).

⁴⁵ O direito de habitação pode ser adquirido por contrato, testamento ou disposição de lei, a exemplo do que ocorre no art. 1.485 do Código Civil de Portugal. A habitação sem qualquer desses títulos, porém, poderá ensejar usucapião, a fim de atender ao bem da moradia e, ao mesmo tempo, o direito de propriedade, inclusive, condicionado que o possuidor não tenha outro imóvel urbano ou rural para a sua moradia. Nesse passo, observa-se que a função social se sobrepõe ao direito real, sendo aquele determinante, e este, determinado.

⁴⁶ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada, in: José Geraldo de Sousa Junior (org.). *O direito achado na rua*. Editora Universidade de Brasília, 1987: “existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ser uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura racial como, por exemplo, num período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como nas favelas, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação”.

⁴⁷ Em prédios públicos em centros urbanos inutilizados por muitos anos, a sua ocupação desordenada sob o argumento do direito à moradia merece ser refletida. Se o Poder Público no âmbito de sua esfera de competência não dá destinação ao imóvel e função social, deve-se adotar e criar medidas pela possível caracterização de má administração ou improbidade administrativa, dentre outras cabíveis, conforme a hipótese. Não é pela ocupação desregulamentada e no reconhecimento judicial de casos pontuais do direito de habitar ou pelo despejo forçado que será solucionado com eficácia esse importante conflito social que merece uma maior atenção holística pelo Poder Público, em atenção ao direito à cidade, ao meio ambiente, transporte urbano e do direito à moradia. E, principalmente, porque a “res” pública significa bem de todos e não de ninguém ou somente do Estado. Se, após estudos verificar-se a ausência de outra melhor destinação de prédios públicos de caráter necessário à sociedade e seja viável a sua ocupação, necessita-se de uma regulamentação para tais procedimentos e que seja em conformidade com a legislação em vigor. A causa (e o caos) desses conflitos é dado pelo binômio inércia da administração e necessidade de habitações adequadas, sem olvidar que habitação adequada não significa necessariamente imóveis nas zonas centrais de elevado índice de concentração urbana e, em contrapartida, não pode ser relegado a áreas distantes destas zonas urbanas. E, de igual forma, é vedado ao proprietário particular não dar destinação ao imóvel aguardando uma valorização imobiliária. Por essa razão, adveio a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) que traz instrumentos jurídicos e políticos de intervenção no espaço urbano que permitam o acesso à moradia: desapropriação, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção e a regularização fundiária. É preciso conciliar os institutos de direito privado com o direito público na ocupação de áreas das cidades, ou seja, da análise da CRFB/88 (art. 6º) da moradia como bem da personalidade pelo direito civil e leis urbanísticas que necessitam de regulamentação pelas prefeituras. Este entendimento deve ser observado também para prédios particulares em grandes centros urbanos e com celeridade no procedimento administrativo adotado. A violência pontual é incompatível com o direito de desobediência e o de resistência, nesse sentido, confira-se GARCIA, Maria. *Desobediência civil direito fundamental*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 317.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. A tese prevalecente quanto à natureza dos direitos da personalidade, no pensamento de De Cupis, Tobeñas, Raymond Lindon, Ravanás, Perligieri, Limongi França, Milton Fernandes, Orlando Gomes, é pelo reconhecimento concreto desses direitos, embora discussões persistam quanto à natureza e são conceituados como poderes que o

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

habitação, pois este só recai sobre determinado imóvel a depender do direito que exista (propriedade, posse ou detenção para a habitação ou, ainda, da habitação habitual o faça para fins de moradia que, em certo prazo legal, pelo caráter da posse, adquira-o por usucapião), conforme o título de direito a que se propõe exercer.⁴⁹

Se alguém for privado de sua habitação, quando direito ali lhe assistir, violará, irremediavelmente, o bem da moradia da pessoa natural por ser um dos bens extrapatrimoniais da personalidade que garante a dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que as pessoas jurídicas poderão ter domicílio (art. 75 CC/02), mas não habitam, apenas no lugar exercem suas atividades que lhe são próprias. Para estas, ocupam o bem material conforme suas atividades para o cumprimento do seu objeto social.⁵⁰

Já a moradia é bem extrapatrimonial de toda a pessoa natural. Nas pessoas naturais há o domicílio legal, ainda que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada (art. 73 CC/02).

Isto é, o ordenamento jurídico reconhece o seu domicílio ante esse importante atributo da pessoa natural como uma das formas de identificação para suas relações jurídicas com reflexos da vida em sociedade, efeitos civis ou processuais. E, de igual forma, há que se reconhecer a moradia também como atributo permanente da pessoa natural, tal como o domicílio.

Na criação de leis e na aplicação do direito para o ato de retirada da habitação, em quaisquer de suas formas, ainda que o direito de habitação não incida sobre o bem, deve-se fazer com um prazo concedido de respeito à dignidade da pessoa humana, atentando-se para

homem exerce sobre a própria pessoa. E continua aquele autor “O objeto desses direitos encontram-se nos bens constituídos, conforme Tobeñas, por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do ser humano, individualizados ou não pelo ordenamento jurídico e que apresentam caráter dogmático. Assim é que têm sido considerados, em todos os países, pela doutrina, como na Itália: Ferrara, Venzi, Ruggiero, Pacifici-Mazzoni, Coviello, Gangi, Messineo, Rotondi, De Cupis e Degni; na França: Planiol, Ripert, Boulanger, Lindon; em Portugal: Pires de Lima e Antunes Varela; na Espanha: Martín Ballester; no Brasil, Limongi França, Orlando Gomes, Milton Fernandes e outros tantos autores”, p. 04-05.

⁴⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena, seguindo lição de Goffredo Telles Jr. e posição similar ao de Carlos Alberto Bittar, entende que “a personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade”. *Curso de direito civil brasileiro*, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 01, 2011, p. 134. Por isso, o direito à moradia é direito subjetivo da personalidade pois é direito comum da existência, já que são permissões dadas pela norma jurídica (direito objetivo), a cada pessoa de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. O direito à moradia é “excludendi alios”, mas não o direito de habitação sobre um determinado imóvel, a depender da hipótese.

⁵⁰ O fato da pessoa jurídica ter domicílio para suas atividades reconhecido pelo CC/02 se confirma pelo entendimento da Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, condizente com o art. 52 do CC/02. Por esta razão, entendemos que merece ser cancelado o Enunciado 286: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”, pois alguns bens da personalidade, no que couber, merecem proteção, como o nome, a honra objetiva e a imagem atributo.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

este dever Estatal como direito fundamental estabelecido no art. 6º da CRFB/88. Se a pessoa, por livre opção decide desocupar o imóvel a que não faz jus tem-se a disposição da habitação, mas não o de sua moradia, já que em outro lugar a exercerá.

Há a necessidade de se observar a formulação da “doctrine distinguish and complementarity of concentric circles” como um critério metajurídico de ponderação de interesses de direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, observando-se esse bem da personalidade (moradia). Na interpretação civil-constitucional, é também de eficácia imediata, vertical (pela CRFB/88 do Estado em sua função típica perante o indivíduo) e horizontal (do particular em relação ao particular e, inclusive, do Estado, quando faz às vezes, a função de particular em uma determinada relação jurídica).⁵¹

Na hipótese em que alguém exerce sua habitação com todos os demais elementos de esfera representativa (pela ordem, do círculo menor para o maior: habitação, residência, domicílio e, desse modo, o faz no “modus vivendi” de moradia ou para estes fins), neste contexto relativo à pessoa, tem-se a moradia através do CC/02 nos seguintes dispositivos: art. 1.225, XI; para a aquisição do usucapião aquele que estiver estabelecido no imóvel não só sua habitação, mas sua natureza de maior amplitude, a sua moradia, art. 1.238, par. único e 1.239 em que a moradia com demais requisitos ali previstos permitem à aquisição da propriedade; no art. 1.240, tem para si ou família a sua moradia; art. 1.240-A, habitando-o para sua moradia ou de sua família pela posse direta de 02 anos ininterrupta, com exclusividade, diante do abandono do lar de cônjuge ou companheiro, adquirindo o domínio integral (propriedade com título novo); art. 1.242, parágrafo único, em que a moradia revela sua própria função social ao possuidor de boa-fé; e, por fim, o estabelecimento do objeto de hipoteca o direito de uso especial (“habitatío”) para fins de moradia, art. 1.473, VIII, todos do CC/02.

O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Moradia é bem essencial do ser humano e extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontraria o indivíduo por um período relativamente duradouro, sem intenção de permanecer, pois, se este elemento ocorrer, será ali o seu

⁵¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 92: “Importa salientar que o direito geral da personalidade é sobretudo uma instituição do direito civil, embora intimamente conexiada com outros ramos da nomenclatura jurídica, particularmente com o direito penal e o direito constitucional. (...) Também foi elemento decisivo para a emergência do direito geral da personalidade, e continua a sê-lo para a sua manutenção, a afirmação e tutela, ao nível do poder jurídico-político, dos direitos inatos ou fundamentais, inclusive direitos fundamentais de personalidade, de cada cidadão face ao Estado e aos demais entes públicos, v.g., mediante obrigações públicas de respeito de tais direitos e mercê da proibição ou restrição de revisão constitucional de tais direitos”. A inclusão do direito à moradia como um dos direitos da personalidade pelo direito civil é pertinente, já que o direito civil é a tutela de proteção preventiva e repressiva dos direitos da personalidade, portanto, diz respeito também à responsabilidade civil do ofensor, seja o Estado ou o particular e a matéria de responsabilidade civil sempre é e será de direito civil.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

domicílio. E a habitação é a relação de fato entre sujeito e imóvel e por esta podem surgir os direitos pessoais ou reais. A moradia é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico (como bem extrapatrimonial), assim como ocorre com o domicílio em relação à residência. A moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

CONCLUSÃO

Há distinção entre habitação, residência, domicílio e moradia, seja na interpretação da CRFB/88, do Código Civil de 2002 e das legislações extravagantes, incluído, à análise dos tratados e convenções internacionais regentes da matéria.

O direito brasileiro adota o moderno princípio geral do direito denominado princípio da moradia digna. Independentemente da norma jurídica em análise (CRFB/88, leis, Códigos, etc.), por ser a moradia um bem da personalidade, aquele tem natureza de cláusula geral e por estar atrelada à dignidade da pessoa humana e à vida digna (moradia digna).

Certo é, porém, que a habitação é cláusula geral quando inserida em norma jurídica e exerce função instrumentalizadora, cria direito e há uma função integrativa pelo juiz; exige um ato de conhecimento; a concessão do direito de habitação na sentença tem natureza determinativa; e é instrumentalizadora para o direito à moradia, há valores éticos e exige-se a aplicação com equidade; quando previsto em lei, pode ser conhecido de ofício pelo juiz pois é norma de ordem pública; exerce função com mobilidade integrativa do direito à moradia. Por fim, o direito de habitação não sacrifica a segurança jurídica, ao contrário, é um direito que confirma o direito à moradia como bem extrapatrimonial da personalidade à luz do direito civil; direito e garantia fundamental na percepção constitucional e, ainda, direito humano, sob a ótica dos tratados internacionais de direitos humanos. E ganha contornos de sua função integrativa também como fundamento do direito à cidade e do direito ambiental. Daí por que a habitação, residência, domicílio e moradia comportam uma análise à luz da teoria dos círculos concêntricos.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Por esta razão, adota-se uma teoria (“doctrine”) da distinção (“distinguishing”) e necessária complementaridade entre o direito à moradia e de habitação.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil do art. 5.º ao 17.º*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- CEZARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1970.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 28ª ed., v. 01, São Paulo: Saraiva, 2011.
- DWORKIN, Ronald Myles. *Law’s Empire*, 1986.
- ENGELS, Friedrich. *Para a questão da habitação*. 2. ed. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa – Moscovo: Avante-Progresso, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil direito fundamental*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*, São Paulo: Renovar, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. v. 1, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1993.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral, comentários ao art. 1.º ao 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

O DIREITO HUMANO DA MORADIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 2000 E SUA ANÁLISE COM O DIREITO DE HABITAÇÃO NO DIREITO CIVIL

OLIVEIRA MAGRIN, Andréia Mara de (Coord.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO FERREIRA. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., t. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do direito*. 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada, in: José Geraldo de Sousa Junior (org.). *O direito achado na rua*. Editora Universidade de Brasília, 1987.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia, *Revista do Direito do Consumidor*, Brasilcon, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, ano 9, pp. 176-184, out.-dez., 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacionais e nacional. *Arquivos de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 1999.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. *Diritto all'abitazione e rapporti locatizi*, Tese (Doutorado) Univeristà degli Studi di Camerino, Facoltà de Giurisprudenza, Scuola di Perdezionamento in Diritto Civile. Relatore Prof. Guido Biscontini. Correlatore Prof. Francesco Prosperi. Anno Accademico, 1984-1985.

WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Organizado e anotado por Maz Rheinstein. New York: Clarion Book, 1967.