

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Direito à moradia

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

SUMÁRIO

1. Direito à moradia e direito à vida. 2. Direito de estar, direito à moradia, direito de morar. 3. Direitos sociais. Função social da propriedade. 4. A relação jurídica de direito à moradia. 5. O particular no pólo passivo da relação. 6. Diretrizes de política habitacional.

1. Direito à moradia e direito à vida

O direito à vida, para quem já nasceu, não consiste no direito de não ser morto, mas no direito de viver. É correlato, assim, a uma série de obrigações, não apenas negativas, mas também positivas, por parte dos demais.

O homicídio – infração de obrigação negativa – é a forma mais flagrante de desrespeito à vida. Mas se observarmos o conjunto dos elementos agressivos, dependentes menos do meio físico que do meio social, perceberemos que representam, também, violação ao direito de viver; e, muitas vezes, causa de outro tipo de homicídio, lento mas seguro.

O direito à moradia integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida. Mas, antes do direito a morar, vem o direito de simplesmente estar: ninguém subsiste sem ser em algum lugar. O direito de deslocar-se (art. 5º – LXVIII da Constituição Brasileira de 1988) e o direito de ter casa – asilo inviolável do indivíduo (art. 5º-XI), resguardo da sua intimidade (art. 5º-X) – decorrem do direito de estar: o de ocupar um espaço, indissociável da existência física.

Quando as legislações modernas proibem a pena de banimento, fazem-no menos em atenção ao direito, de cada um, de estar junto aos seus em seu ambiente (direito ao convívio, à pátria, à própria cultura), do que como proteção ao direito de estar em *algum* ambiente.

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

Apresentado ao Congresso de Direito Civil Alternativo, realizado em Blumenau, em abril de 1994.

Morar (do latim *mora* = atraso, retardamento, espera, demora) significa permanecer duravelmente em algum lugar, ter nele assento ou sede (= residir), praticar aí, na intimidade, os atos elementares da vida. O direito civil estabeleceu distinção entre moradia e domicílio (circunscrição administrativa ou política em que se tem residência ou negócio), embora esta última palavra proceda de *domus*, que significava, em latim, a casa, morada, habitação.

2. Direito de estar, direito à moradia, direito de morar

Se, em determinado país, pessoas não têm outro espaço além das beiras de estrada ou caminho público, onde permanecem acampadas, é porque lhes foi reconhecido o direito de estar, mas não o direito à moradia.

Ao Estado compete disciplinar o uso do espaço público, e impedir que se embarace o que por todos deve ser usado. Entretanto, haveria ofensa ao direito de estar no caso em que o Estado, desalojando quem ocupa espaço público, não lhe oferecesse alternativa de estar; ou que a oferecesse somente com sacrifício de outro direito básico, como o direito ao trabalho, o direito ao convívio, ou o direito à própria cultura¹. O Estado não pode, sem ofensa a esses direitos, confinar quem desalojou do espaço público; nem removê-lo, contra sua vontade, para região remota. A ofensa é tanto mais grave quanto menor a possibilidade de defesa do ofendido.

Distingamos direito à moradia e direito de morar.

Os direitos com preposição "a" são direitos de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade. São fruto de adscrição², não de capacidade econômica ou produtiva (não fosse assim, estaríamos excluindo a criança, o inválido, o hipossuficiente). Por meio deles, a sociedade exerce a justiça distributiva, atribuindo: a) bens que não produziu mas cuja administração detém (como a terra); ou b) bens produzidos com esforço individual ou social (v.g. o

¹ Aqui compreendido como o direito de alguém às expressões próprias de sua vida, em consonância especialmente com o art. 216 - II da Constituição: "os modos de criar, fazer e viver".

² É pelo critério da adscrição que uma pessoa tem lugar garantido numa família pelo simples fato de haver nascido nela. Ao contrário, é pelo critério de desempenho, ou eficiência, que uma pessoa é admitida e mantida numa empresa (v. Talcott Parsons, *The social system*, The Free Press, N. York, 1964, pp. 88 e ss).

capital, sob a forma de financiamento, previsto no art. 5º - XXVI da Constituição).

Direitos com preposição "de" são poder material de exercício. O direito de moradia consiste na posse exclusiva, e com duração razoável, de um espaço onde se tenham proteção contra a intempérie, e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito *erga omnes*. Ao contratar locação de casa, por exemplo, exerce-se direito à moradia, cujo efeito é o direito de morar: no pólo passivo dessa relação jurídica acham-se o locador (com causa negocial) e todos (com causa legal).

Há vínculo de dependência entre esses dois direitos. O direito à moradia tende ao direito de morar, e só se satisfaz com a aquisição deste, em sua plenitude. Para isso, é preciso que concorram todos os elementos da moradia. Quem conseguiu terreno, mas não a casa, satisfaz apenas em parte seu direito à moradia. O mesmo acontece com quem possui a casa, mas não por tempo suficiente, exigido pelas demais relações da vida (trabalho, convívio, cultura, educação dos filhos). Assim, ao direito de morar são extensivos os mesmos princípios que ordenam o direito à moradia.

À parte o preâmbulo e seus títulos I e II - em que trata dos princípios, dos direitos e das garantias fundamentais em suas linhas mestras - a Constituição trata dos direitos sociais, especialmente nos Títulos VII ("Da ordem econômica e financeira") e VIII ("Da ordem social"), encimados por novas declarações de princípios.

Em nível de maior concreção, são objetivos da ordem social, entre outros, a proteção à família (arts. 203-I e 226), à infância e à velhice (arts. 203-I, 227, 230); assim como são princípios instrumentais da ordem econômica os referidos nos incisos do art. 170, dentre eles a função social da propriedade (III).

3. Direitos sociais. Função social da propriedade

É grande a alteração que sofre, sob a Constituição de 1988, o conceito de propriedade.

Não se trata apenas da restrição nova, contida no art. 225. Quando esse dispositivo afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, estabelece sobre a coisa própria, nesse interesse e com esse objetivo, uma espécie de gestão pública ou coletiva. Daí

não apenas decorrem, para o proprietário, deveres passivos, ou obrigações de não fazer, mas podem provir também, conforme o caso, deveres ativos, ou obrigações de fazer.

Há muito deixara, a propriedade, de ser o *jus utendi, fruendi et abutendi*. A responsabilidade pelo fato da coisa já impusera ao dono deveres de vigilância; restrições de ordem pública acarretavam diminuição aos poderes de usar, de fruir e de dispor.

Agora diz a Constituição (art. 5º – XXIII) que “a propriedade atenderá à sua função social”. Qual a função social da propriedade? O art. 5º – XXIII paira no ar. Contém princípio informador – e por isso interpretativo – de todas as normas sobre propriedade contidas no Ordenamento Jurídico brasileiro. Mas é princípio em branco, de contornos a serem precisados e definidos, seja pela lei, seja pelo intérprete.

Até aí, por três vezes usara a Constituição esse termo. No preâmbulo: direitos *sociais*, para cujo exercício, entre outros fins, se instituiu o Estado brasileiro; no art. 1º, em que se colocam entre outros, como fundamento desse Estado, os valores *sociais* do trabalho; e no art. 3º, em que se põe, como um dos objetivos fundamentais da República, reduzir as desigualdades *sociais*. Esse o quadro significante dentro do qual emerge, no capítulo dedicado aos direitos individuais, a função social da propriedade. A Constituição não diz, aí, que em alguns casos se atenderá à função social, como algo externo à propriedade; o que diz é que inexiste propriedade sem função social; ou seja, ao feixe de poderes – absolutos, amplos ou restringidos – que anteriormente se entendia compor o direito de propriedade, e aos quais somente correspondia, no pólo passivo, um dever de abstenção (obrigação de não fazer), se acrescenta agora um dever ativo. Se *jus et obligatio correlata sunt*, quais os direitos correlatos aos deveres ativos do proprietário? Como se exercem esses direitos? Por parte de quem? Em que circunstâncias?

Como se vê, não há mais, face à Constituição, litígio implicando propriedade em que se possa exigir, do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. É que hoje, para a prova do direito de propriedade – poder de usar, fruir e dispor, mais preenchimento da função social –, não basta a exibição do título de origem, sem a exibição do título de exercício.

Aqui, impõe-se uma observação: o termo *restrições*, aplicado ao conteúdo do direito de propriedade, pode induzir um imperceptível desvio: é como se à propriedade correspondesse

uma essência, um *eidos* supra-histórico, do qual a evolução social, aos poucos, viesse arrancando pedaços; essa distração lógica acaba, inevitavelmente, sobrepondo um determinado conceito civil de propriedade ao conceito constitucional de propriedade. Ora, há alguns fatos sobre os quais incidem normas jurídicas (ex.: a vida, o tempo), cujo conceito pertence a outras ciências, que não o Direito; mas a propriedade é um ente jurídico, cujo conceito é construído pelo Direito. Essa distinção foi bem assinalada por Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre a “estrutura básica do direito de propriedade” (“A reforma monetária de 1990”, *RDA* 186/26):

“Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (*Regelung oder Ausgestaltung*), em lugar de restrição (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos”.

Voltemos aos Títulos VII (“Da ordem econômica e financeira”) e VIII (“Da ordem social”) da Constituição. Para esses títulos irradiam-se os princípios sociais acima referidos, do preâmbulo, do art. 1º e do art. 3º; o art. 6º desdobra-se no Título VIII, e a norma principiológica do art. 5º – XXIII reflete-se no Título VII.

O art. 170 fixa como fim da ordem econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Semelhante o objetivo da ordem social: “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Duas observações decorrem dessa leitura: a) a interdependência entre justiça social, existência digna e bem-estar (que é *estar*, bem); b) a ordem econômica e a ordem social desviam-se de seu objetivo caso não assegurem a justiça social, o estar bem, e uma existência digna para todos; elas se tornam, então, materialmente inconstitucionais; impossível aceitar, sob a Constituição de 1988, que o país está bem, mas o povo está mal.

O mesmo art. 170 alinha a função social da propriedade (inciso III) entre outros princípios

instrumentais (v.g. a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais) da ordem econômica, cujo fim é "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Isto significa que, não obstante preenchida a função social *stricto sensu* da propriedade (v. arts. 182 - 2º e 186), seu uso pode estar, mesmo assim, em desacordo com outros princípios sociais da atividade econômica. Portanto, a função social da propriedade rural não se esgota na definição do art. 186, estabelecida em vista da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (v. art. 184); nem se esgota, a função social da propriedade urbana, na definição do art. 182 - 2º ("a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano-diretor"): para que isso aconteça, é preciso que o plano-diretor seja compatível com os princípios e normas sociais da Constituição, acima referidos.

4. A relação jurídica de direito à moradia

O primeiro - mas não necessariamente o único - devedor dos direitos sociais, que se encontra no pólo passivo dessa relação, é o Estado.

São duas as dimensões em que o Estado assume essa posição: a) como obrigado à operacionalização genérica desses direitos; b) como obrigado, em casos particulares, à satisfação material desses direitos.

Sob o primeiro prisma, há um dever geral, por parte do Estado: a) de edição das normas jurídicas aptas à efetivação da Constituição³; b) de promover a satisfação desses direitos, mediante atuação judiciária ou administrativa (confisco - art. 243 da Constituição; distribuição de terras públicas; desapropriação; assentamentos, financiamentos, políticas e programas habitacionais, etc.).

Em suma, e no tocante ao direito à moradia, cabe ao Estado, em primeiro lugar, estabelecer uma adequada ordenação do uso do solo, que não iniba o acesso à moradia; e promover todas as medidas que assegurem esse direito.

Se há terrenos públicos suficientes, o Estado não pode deixar de destiná-los a essa finalidade; onde há terreno público sem utilização, não pode haver pessoa sem moradia. Nesse

caso, tem ela ação contra o Estado, para haver a posse do terreno mínimo necessário à sua moradia. Titular do direito à moradia - aquele que, como credor, situa-se no pólo ativo dessa relação -, legitimado, portanto, a agir, é a pessoa necessitada de moradia (direito social não se confunde com direito da coletividade ou do Estado). Não se discute - salvo se a lei tenha posto a proximidade como requisito - se a pessoa é de fora ou do lugar; nem se existiriam, em outro lugar, condições mais propícias para sua instalação; o critério nesse caso, *de lege ferenda*, é a proximidade possível do trabalho, e das outras relações da vida; mas dificilmente poderá o Estado, melhor do que o necessitado, ajuizar desses interesses, sem dano da justiça. Não há qualquer outro requisito (v.g. capacidade econômica, pagamento de taxa, preço ou emolumento, sujeição a formalidades burocráticas), a não ser a prova da necessidade (admitida a presunção de fato, em lugar de prova cabal). Embora tendo a aparência ou a forma de ação de imissão de posse ou de ação vindicatória da posse, não se trata de ação possessória ou domínial, mas de ação de direito à subsistência (ação para ter moradia) em que a posse da terra, ou da casa, figura como objeto instrumental. Os direitos à subsistência, por definição, são de atuação imediata; a morte, a degradação, não esperam a burocracia; tratando-se da ocupação de prédio abandonado, devoluto, ou sem utilização, não cabe invocar poder de polícia, salvo prova de risco maior, iminente, à subsistência, saúde, ou segurança do ocupante.

Se não há terrenos públicos suficientes ou em condições que satisfaçam o direito à moradia, deve o Estado buscá-los em mãos de particulares, atendidos os direitos e garantias integrantes do estatuto da propriedade.

Incumbe ainda ao poder público - a par dessas providências elementares - a promoção da política habitacional que permita acesso à moradia.

5. O particular no pólo passivo da relação

Devedor de direito à subsistência, face ao necessitado, é quem possui, superfluamente, aquilo que pode satisfazê-lo.

Existe aí, porém, uma ordem de chamamento. O primeiro devedor de moradia é o Estado. Porque, como vimos, lhe compete implantar adequado ordenamento do solo, da habitação, e de recursos para a habitação; porque é seu fim precípuo a organização da sociedade, segundo o interesse geral; porque possui terre-

³ Canotilho aponta, como correlato a esse dever estatal, o "direito à emanção da norma jurídica", que no direito brasileiro se exerce mediante a ação de inconstitucionalidade por omissão (controle em tese) e do mandado de injunção (controle difuso).

nos e recursos, ou dispõe de meios para mobilizá-los; e porque é quem pode indenizar o particular nos casos em que, para satisfazer aquele direito, vá seu sacrifício individual além do razoável.

O particular não tem nenhuma dessas obrigações. Mas, conforme o caso, pode fazer parte, no pólo passivo, da relação jurídica de direito à moradia, com causa negocial ou legal.

A causa é negocial se o particular constrói, financia, intermedia, vende ou aluga imóvel para moradia. Por ser, a moradia, a vantagem objetivada pela outra parte, a esses negócios aplicam-se os princípios e normas sociais acima referidos; à sua luz devem ser interpretados; e são de ordem pública suas disposições.

A causa é legal se a propriedade for socialmente inadimplente. Nesse caso, não obstante o título de aquisição e a posse, o direito de propriedade (complexo de poderes e deveres) não se aperfeiçoa. Sendo requisito da ação reivindicatória a prova de propriedade, o autor será julgado carecedor da ação se a inicial não for instruída com ela (título de origem e título de exercício, correspondendo, este, ao preenchimento da função social). O mesmo vale para a ação possessória (v. Sérgio Sérulo da Cunha, "A nova proteção possessória", trabalho apresentado ao 2º Congresso Internacional de Direito Alternativo, Florianópolis, setembro de 1993). Vislumbrando-se direito à subsistência, mesmo que a inicial seja instruída com prova plena da propriedade ou posse, não cabe liminar; sua concessão frustraria a arguição, pelo ocupante, da *exceptio vitæ sustinendæ*. Como é sabido, as exceções não fulminam o direito do autor, apenas encobrem sua eficácia. Destarte, reconhecida a exceção, este é caso em que o particular – senhor ou possuidor – deverá ser indenizado pelo Estado. A existência de lei própria permitiria que a indenização se fizesse nos mesmos autos, sem necessidade de ação à parte com esse objetivo. A hipótese, aí, não é de inadimplência social, em que, por força da Constituição, também cabe indenização (em títulos da dívida agrária se o imóvel for rural – art. 184), embora por valor que, seguramente, não corresponde ao da propriedade plena.

6. Diretrizes de política habitacional

Desnecessário apontar, mais uma vez, o grau de dependência que guarda a política urbana com relação à política rural. A nível macroeconômico são menos onerosos, além de mais reprodutivos, os investimentos habitacionais no

campo. O art. 5º – XXVI da Constituição reclama urgente aplicação, através de agências governamentais.

Somente a redistribuição da renda e a reforma bancária permitirão que se reutilizem no Brasil, a nível extensivo, instrumentos clássicos do capitalismo na área habitacional: o crédito para a moradia, a locação residencial. Não obstante o afunilamento progressivo desses setores, os novos princípios constitucionais – ao lado das normas de proteção ao consumidor – reclamam a análise e revisão de suas práticas. Com esses princípios conflita a própria filosofia da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18.10.91), não obstante editada na vigência da nova Constituição. Não se trata de iniciar mais um ciclo no circuito pendular dessa legislação, de congelar aluguéis ou de dificultar a retomada pelo locador; mas de restabelecer o equilíbrio contratual, de modo que a locação deixe de ser fonte de incerteza e de conflitos permanentes.

Importa, também, investir no estudo e redirecionamento dos planos diretores municipais, principal instrumento da política urbana (v. art. 182 – § 2º da Constituição). Com a redefinição constitucional, seu caráter deixa de ser predominantemente físico, para ganhar textura social.

Por último, uma observação sobre o assalto à poupança popular, via FGTS, BNH, CEF, Sistema Financeiro da Habitação. Perverso mecanismo para transferência de renda, foi um dos instrumentos utilizados na marginalização do assalariado. Já não se fala da destinação desses recursos para outras finalidades, ou de sua escamoteação burocrática: à parte a ladroagem, é sistema que pecava em sua concepção. O objetivo básico da política habitacional não pode ser o enriquecimento de agentes financeiros ou promotores imobiliários; tampouco a utilização da poupança popular para empreendimentos da elite. A sofisticação do sistema induz a vazão de recursos, desviados de atividades-fins para atividades-meios.

Modelo de programa habitacional popular é a concessão de direito real de uso sobre lotes urbanos providos de serviços públicos essenciais. A experiência mostra que, independentemente do seu nível de renda, é grande a capacidade de autoconstrução progressiva, por parte da população. Ela não se subordina a financiamentos ou a complicadas redes de serviços e intermediários. Em muitos lugares a administração municipal coloca à disposição dos interessados projetos-padrão de habitação popular, e,

mesmo, fábricas comunitárias de material de construção. No mínimo, dadas as condições da realidade, faz-se necessária a sensibilidade do poder público para que as normas edilícias, por um lado, não admitam queda nos padrões de habitabilidade, e, por outro, não reproduzam, com caráter de generalidade, os padrões da elite. E a mesma sensibilidade para que programas de habitação popular tenham controle e participação popular.