

Universidade Federal de Minas Gerais  
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcelo de Oliveira Milagres

**DIREITO À MORADIA**  
**DIREITO ESPECIAL DE PERSONALIDADE?**

U. F. M. G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA



61051006

NÃO DANIFIQUE ESTA ETIQUETA

Belo Horizonte  
2009

UFMG - Biblioteca Universitária  
Coleção Memória Institucional

Marcelo de Oliveira Milagres

DIREITO A MORADIA  
DIREITO ESPECIAL DE PERSONALIDADE?

Belo Horizonte, 29 de dezembro de 2009.

Tese apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Doutor em Direito.

Componentes da banca examinadora:

*Silma Mendes*  
\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Silma Mendes

*[Signature]*  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

*[Signature]*  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

*[Signature]*  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

*[Signature]*  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

[...] *Ma maison cachait un secret au fond de son coeur...*

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Le petit prince*. Paris: Éditions Gallimard, 1999. p.82.

## AGRADECIMENTOS

A construção de uma casa não é obra solitária. A elaboração desse espaço – abrigo do ser – é algo plurissubjetivo.

Agradeço aos meus pais, base sobre a pedra angular e inquebrantável, resistência aos ventos mais fortes.

Agradeço à amada Betina, aconchego do lar, doce e cálida morada do “nós”.

À Professora Doutora Silma Mendes Berti, presença constante e competente, agradeço pela beleza da arquitetura da casa, com suas nuances e desafios.

Não faltaram também importantes contribuições de amigos, colegas e professores, particularmente da Faculdade de Direito Milton Campos, que ofertaram muito mais que preciosos bijelos.

Ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, incentivador de todos seus valorosos e abnegados membros e servidores.

Por fim e por tudo, à minha amada irmã, Carolina, que, de sua sagrada morada eterna, ilumina e inspira.

## AGRADECIMENTOS

A construção de uma casa não é obra solitária. A elaboração desse espaço – abrigo do ser – é algo plurissubjetivo.

Agradeço aos meus pais, base sobre a pedra angular e inquebrantável, resistência aos ventos mais fortes.

Agradeço à amada Betina, aconchego do lar, doce e cálida morada do “nós”.

À Professora Doutora Silma Mendes Berti, presença constante e competente, agradeço pela beleza da arquitetura da casa, com suas nuances e desafios.

Não faltaram também importantes contribuições de amigos, colegas e professores, particularmente da Faculdade de Direito Milton Campos, que ofertaram muito mais que preciosos bijelos.

Ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, incentivador de todos seus valorosos e abnegados membros e servidores.

Por fim e por tudo, à minha amada irmã, Carolina, que, de sua sagrada morada eterna, ilumina e inspira.

## RESUMO

A necessidade de moradia é uma constante na vida humana – no seu início, o útero materno, a concha inicial, indiscutivelmente uma doce e cálida moradia; depois, a ideia de casa, nosso canto no mundo.

A moradia constitui uma dimensão fundamental da existência humana: é o lugar de encontro do ser humano consigo e com o outro.

A expressão “sentir-se em casa” revela o conforto e a necessidade da segurança de um espaço de intimidade. A casa é também o lugar da vida, do seu livre desenvolvimento.

Esta tese desenvolve-se a partir do problema da definição do direito à moradia e dos mecanismos de sua realização no espaço urbano. Diversos institutos do Direito nacional e do internacional são apresentados e discutidos.

Considerando que a relação dos direitos de personalidade é aberta, apresentando-se em contínua expansão, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento, defendemos a efetividade da desapropriação privada como instrumento jurídico interno de realização do direito especial de personalidade à moradia.

Enfim, o direito à moradia tem uma transcendência econômica, uma autonomia normativa, indo além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, não se confundindo com o direito de posse, propriedade, institutos de residência, domicílio ou com qualquer categoria de direitos reais.

**Palavras-chave:** Direito à moradia. Direitos de personalidade. Autonomia. Desapropriação privada.

## ABSTRACT

Housing is a constant need in human life – in its beginning, the maternal uterus, the initial shell, unarguably a sweet and warm dwelling; later, the idea of home, our corner of the world.

Housing represents a fundamental dimension of human life: it is the place human beings come in contact with themselves and the other.

The expression “to feel at home” reveals the comfort and the need of security in an intimacy space. Home is also the place of life, of its free development.

This dissertation has evolved from the difficulty in defining the right to housing and the mechanisms for its accomplishment in urban spaces. Several national and international Law institutes are presented and discussed.

Considering that the relation of rights of personality is open, with the principle of dignity of human being as its foundation, we defend that among them there is the right to housing as a special right of personality, with private disappropriation as the juridical instrument for its accomplishment.

Finally, the right to housing has an economic transcendence, a normative autonomy, which goes beyond the known frontiers of the patrimonial subjective right, and cannot be confused with the possession right, propriety, housing institutes, domicile or other categories of real rights.

**Key-words:** Right to housing. Rights of personality. Autonomy. Private disappropriation.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

### TÍTULO I ANTECEDENTES DO DIREITO À MORADIA

#### CAPÍTULO I – POSSE

1.1 Noções gerais.....	16
1.2 Natureza jurídica: controvérsias e atualidade.....	23
1.3 Segurança da posse e moradia.....	31
1.4 Tratamento legal no Brasil.....	32
1.5 Segurança da posse e usucapião.....	35
1.5.1 Requisitos essenciais do usucapião.....	39
a) Posse.....	39
b) Tempo.....	40
1.5.2 Modalidades de usucapião: noções gerais.....	42
a) Extraordinário.....	42
b) Ordinário.....	43
c) Especial urbano ou usucapião <i>pro moradia</i> ou <i>pro misero</i> .....	44
d) Especial rural ou <i>pro labore</i> .....	47
e) Usucapião especial do art. 68 do ADCT.....	48

#### CAPÍTULO II – PROPRIEDADE

2.1 Origem.....	50
2.2 Fundamento.....	51
2.3 Conceito e importância da propriedade imobiliária.....	55
2.4 Função social.....	57
2.5 Propriedade e moradia.....	62

#### CAPÍTULO III – DOMICÍLIO

### TÍTULO II ENTENDIMENTOS NACIONAL E INTERNACIONAL DO DIREITO À MORADIA

#### CAPÍTULO I – DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL OU DE MÍNIMO EXISTENCIAL

## CAPÍTULO II – DIREITO À MORADIA: PERSPECTIVA CLÁSSICA DO DIREITO PRIVADO

2.1 Usufruto e direito real de habitação.....	80
2.2 Usufruto indígena.....	83
2.3 Direito real de superfície.....	84
2.4 Bem de família.....	89
2.5 Locação urbana imobiliária.....	95

## CAPÍTULO III – DO DIREITO INTERNACIONAL À MORADIA

3.1 Tratados e documentos internacionais.....	98
3.2 Alemanha.....	100
3.3 Itália.....	102
3.4 Portugal.....	103
3.5 França.....	104

# **TÍTULO III DIREITO DE PERSONALIDADE À MORADIA**

## CAPÍTULO I – DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

1.1 Pessoa, personalidade e direitos de personalidade.....	108
1.2 Características dos direitos de personalidade.....	115

## CAPÍTULO II – DIREITO ESPECIAL DE PERSONALIDADE À MORADIA

2.1 Moradia como manifestação do direito à identidade pessoal.....	119
2.2 Moradia como expressão do direito à privacidade, à intimidade e ao segredo.....	120
2.3 Moradia e dignidade da pessoa humana.....	125
2.4 Autonomia do direito à moradia.....	130
2.5 Relação do direito de personalidade à moradia.....	134
2.6 Tutela e garantia do direito de personalidade à moradia.....	135

# **TÍTULO IV DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA**

## CAPÍTULO I – DESAPROPRIAÇÃO: UMA VISÃO CLÁSSICA

## CAPÍTULO II – SOBRE A MORADIA URBANA

## CAPÍTULO III – DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA OU JUDICIAL INDIRETA

3.1 Noções gerais.....	150
3.2 Princípios gerais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	152
3.3 Sujeito da posse: autonomia privada.....	160
3.4 Objeto de incidência: extensa área pública ou privada.....	162
3.5 Posse de boa-fé.....	165
3.6 Posse ininterrupta por mais de cinco anos.....	168
3.7 Obras e serviços de interesse social e econômico relevante: moradia sustentável ..	169
3.8 O problema da indenização.....	172
3.9 Titularidade e legitimidade ampliadas.....	177
3.10 Impactos sociais e jurídicos .....	180

## **TÍTULO V CONCLUSÃO**

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>187</b>
-------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo vivencia diversos, intensos e complexos desafios.

A apropriação privatística e irracional da natureza vem proporcionando perversas e conhecidas consequências. Centenas de conflitos internos e externos, devastando países e destruindo esperanças, ilustram a difícil situação de inúmeros refugiados, uma população nômade, à margem da sua própria condição de ser humano.

O homem precisa sentir-se abrigado, protegido, resguardado do cotidiano. Por mais que se abrigue em ideias, convicções ou sonhos, ele necessita de um teto. O morar não é uma invenção do cotidiano - o morar faz parte da própria natureza humana.

A expressão “sentir-se em casa” revela o conforto e a necessidade da segurança de um espaço de intimidade. A casa é também o lugar da vida, do seu livre desenvolvimento.

O “estar no mundo” pressupõe um espaço de realizações, interseções e também de recanto e resguardo. A casa é o nosso espaço vital, nosso canto no mundo. Um sonhador de casas vê moradas em todo lugar. Esta é a motivação da tese: o sonho de proteger e resguardar a pessoa humana em todo seu âmbito de vivência.<sup>1</sup>

A moradia constitui uma dimensão fundamental da existência humana, lugar de encontro do ser humano consigo e com o outro.

Para Henri Lefebvre,<sup>2</sup> “o ser humano não pode deixar de edificar e morar, ou seja, ter uma morada onde vive sem algo a mais (ou a menos) que ele próprio: sua relação com o possível como com o imaginário”.

As atuais contrariedades e excessos do Capitalismo, causadoras de uma tormenta financeira sem precedentes, particularmente no setor imobiliário norte-americano, desafiam as certezas de uma economia globalizada. A acentuada e desorganizada ocupação dos espaços urbanos exclui massa de pessoas, gerando uma população marginalizada, não proprietários e

<sup>1</sup> BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 10. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2009. p. 24.

<sup>2</sup> LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana* [Le revolution urbaine]. Trad. Sérgio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 81.

não possuidores que, precariamente, lutam por espaços de dignidade. O relatório global sobre assentamentos humanos, elaborado pelo Habitat, Escritório das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, diagnosticou que, no ano de 2008, pela primeira vez na história da Humanidade, a população urbana ultrapassou a rural.

Há uma sensação de encolhimento do mundo: os espaços parecem cada vez mais escassos diante das mais complexas e crescentes necessidades humanas. Como garantir o valor incomensurável da vida humana em um espaço de expansão limitada, que é o solo urbano? Como assegurar acesso à necessidade vital de moradia?

No Brasil, o diagnóstico de expressiva ausência de moradias no espaço urbano revela problema maior: a realidade das favelas, os extensos aglomerados, os assentamentos irregulares, as áreas de risco, e um universo de pessoas que não ocupam dignamente um espaço, que não possuem um *habitat*, onde lhes seria possível a existência corporal e o desenvolvimento espiritual. Esse é um dos horizontes a atrair o olhar criterioso, atento e inquieto do jurista. A crise dos espaços de realização e o livre desenvolvimento da pessoa humana também são problemas para o Direito.

O mundo realmente encolheu? Não subsistem mais espaços nas cidades, nas ruas e nas casas? O que é moradia? Confunde-se com residência, domicílio, posse ou propriedade? Existiria um direito de personalidade à moradia como categoria jurídica autônoma? E ainda: a moradia seria muito mais que o local onde vive o ser humano?

Manuel Veiga de Faria<sup>3</sup> bem acentua que a moradia é o elemento que “modela o próprio homem, o condiciona e o motiva, e com tal significação o problema urbanístico e habitacional assume uma importância transcendente e uma nova dimensão – a dimensão humana”.

O problema não pertence apenas aos urbanistas, aos economistas, aos sociólogos. Alcança também os juristas, sobretudo no Brasil, onde a rápida e desordenada urbanização, aliada a um Capitalismo tardio, com elevada concentração de renda, acentua o problema da moradia, que, por si só, afigura-se complexo.

O propósito da tese não é discutir as variadas e complexas causas de diminuição dos espaços urbanos, nem mesmo os fatores da segregação social, mas sim apontar uma

---

<sup>3</sup> FARIA, Manuel Veiga de. *Elementos de direito urbanístico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 16.

possível resposta jurídica às áreas urbanas de exclusão espacial a partir da definição do direito à moradia e da concreção dos elementos indeterminados da desapropriação privada, tudo sob o marco teórico do direito geral de personalidade.

Tendo em vista que a relação dos direitos de personalidade é aberta, em contínua expansão, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento, defende-se a efetividade da desapropriação privada como instrumento jurídico de realização do direito especial de personalidade à moradia, garantindo-se a segurança da posse, sobretudo em espaços de exclusão urbana.

O desenvolvimento da tese foi dividido em cinco títulos.

No primeiro Título, são abordados os institutos jurídicos historicamente relacionados à moradia.

No segundo Título, aprofunda-se nos entendimentos nacional e internacional sobre o tema.

No terceiro Título, desenvolve-se o que se denominou de “teoria do direito à moradia”, classificando-o como direito especial de personalidade, que é o fundamento de toda a tese.

No quarto Título, apresenta-se a desapropriação privada como instrumento de realização do direito de personalidade à moradia sustentável, discutindo-se a autonomia privada como fundamento jurídico-social do instituto.

No quinto e último Título, são apresentadas as conclusões.

## **TÍTULO I**

### **ANTECEDENTES DO DIREITO À MORADIA**

Em um primeiro olhar, a posse, a propriedade e o domicílio são figuras que parecem, satisfatoriamente, explicar a natureza jurídica da moradia.

Porém, suas várias limitações, sobretudo materiais, demonstram que tais institutos são modelos imperfeitos.

O propósito deste Título é, pois, discutir essa trilogia e explicitar conteúdos, limites e correlações.

## CAPÍTULO I POSSE

### 1.1 Noções gerais

A posse é categoria do pensamento jurídico decorrente da necessidade natural do ser humano de assenhoreamento de coisas como meio de subsistência. Instituto que se desenvolveu mais por essa realidade humana que por critérios puramente técnicos ou doutrinários.

Afirma-se que tanto a disciplina da posse quanto seu estudo padecem de imprecisão, dificultando compreendê-la como qualificação normativa autônoma da propriedade.

Mais que uma concepção social, jurídica ou econômica, a disciplina do instituto da posse decorre de um estado de fato. A posse pressupõe um poder – um domínio – sobre algo.

Para Hernández Gil,<sup>4</sup> a posse “é a instituição de maior densidade social porque exprime de maneira primária a proteção do homem em direção do exterior”.

Para Menezes Cordeiro,<sup>5</sup> “a posse exprime uma situação na qual uma pessoa tem o controlo material duma coisa”.

Clovis Bevilacqua,<sup>6</sup> em introdução à sua obra *Direito das Coisas*, registrou que, nos tempos primitivos, as coisas necessárias à realização humana estavam ao alcance daquele que delas pudesse se apossar ou sobre elas exercer o domínio, antecedendo, pois, a posse ao instituto da propriedade.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> GIL, Hernández. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969. p. 105.

<sup>5</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 7.

<sup>6</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951, v. 1. p. 15.

<sup>7</sup> Contrárias a essa ordem, são as lições de BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3-4.

Interessante registrar que, em latim, *dominium* deriva de *domus*, que quer dizer casa. Consoante ensina Maria Cristina Cereser Pezzella, *dominium* era o poder que o *pater familias*, no Direito Romano arcaico, exercia sobre a casa:

[...] o poder do *pater familias* recaia sobre pessoas e bens gerando, para cada situação, relações específicas: quando era referente à casa (*domus*), dava origem ao *dominium*; quando recaia sobre os escravos, dava lugar ao *mancipium*; quando recaia sobre a mulher, o poder marital chamava-se *manus*; finalmente, quando recaia sobre os filhos, ocorria a *patria potestas* até que fosse feita a *mancipatio* (cmancipação).<sup>8</sup>

Assim, etimologicamente, dominar é ter autoridade ou poder sobre algo. Contudo, necessário frisar que, embora não raras vezes “domínio” e “direito real de propriedade” sejam empregados com o mesmo sentido e alcance, ambos não são sinônimos.

A diferença entre eles, conforme leciona Darcy Bessone,<sup>9</sup> seria apenas quanto ao objeto. “A propriedade teria objeto mais amplo do que o do domínio: o objeto daquela seria tanto a coisa corpórea quanto a incorpórea, enquanto o deste somente se aplicaria à corpórea”.

Já para Machado Paupério,<sup>10</sup> “o vocábulo propriedade tem um sinônimo, embora menos usado que ele, que é o termo domínio”.

Em contraponto, para Ricardo Aronne,<sup>11</sup> propriedade e domínio são realidades diversas, autônomas, ainda que complementares. O domínio é conteúdo interno do direito de propriedade, “perfaz a soma do *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus disponendi*, que um indivíduo tem sobre um bem do qual tenha senhorio, poder”. A propriedade é uma das formas do exercício dominial. “O domínio, consolidado com sua gama de faculdades *in re*, se instrumentaliza na propriedade, que positiva uma *obligatio* à coletividade e um *credere*, na pessoa do sujeito ativo”.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 184. Igualmente, PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade* [Property and freedom]. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 131.

<sup>9</sup> BESSONÉ, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

<sup>10</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e sua função social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 93, jan./mar. 1987. p. 214.

<sup>11</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 94.

<sup>12</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 101.

Na perspectiva de Paolo Grossi:<sup>13</sup>

[...] o conteúdo mínimo para que se tenha *dominium* é a existência de um poder, não importa se pequeno ou grande, mas autônomo e imediato sobre a *res corporalis*. O *dominium* deve de fato empenhar e investir frontalmente o sujeito a um fragmento de cosmos, porque somente com isso pode-se atuar um mecanismo autenticamente apropriativo: apropria-se da coisa somente se existe essa abordagem frontal.

O domínio compreende a titularidade do complexo de poderes-deveres de usar, fruir e dispor da coisa (*jus utendi, fruendi e disponendi*). A posse é também uma forma de exercício do domínio sobre os bens da vida, que não se confunde com a propriedade. É um direito subjetivo dotado de estrutura peculiar.<sup>14</sup> Segundo José de Alencar,<sup>15</sup> é o domínio que distingue o direito real, o poder de perseguir a coisa através do tempo e do espaço.

A própria noção histórica de posse identifica a necessidade primária do ser humano de domínio de um espaço, de um lugar, de um teto, de uma morada. O clássico exercício do *jus utendi*.

A necessidade de morada é uma constante na vida humana. No seu início, o útero materno, a concha inicial, indiscutivelmente uma doce e cálida morada. Depois, a ideia de casa, nosso canto no mundo até a vida findante.

Embora a exuberante natureza seja a casa comum dos seres humanos, ao longo da história foi preciso desenvolver técnicas e procedimentos de construção das moradias a partir do apossamento dos próprios recursos naturais.<sup>16</sup>

Fustel de Coulanges,<sup>17</sup> em sua clássica obra *A Cidade Antiga*, descreve muito bem a morada como a posse de um lugar sagrado pelos antigos.

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. [La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico]. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Enani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.32.

<sup>15</sup> ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 160.

<sup>16</sup> Segundo Capelo de Sousa, “[...] para a sua sobrevivência e para o seu desenvolvimento, o homem necessita de um permanente equilíbrio com a Natureza, que vai desde um *habitat* próprio ao interfluxo de energias humanas e naturais, elementos estes que, constituindo ou envolvendo a personalidade humana, desta são inseparáveis” (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 295).

<sup>17</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma* [La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome]. Trad. Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

A casa é o templo sagrado que resguarda todos os membros de uma família, vivos ou falecidos. A religião doméstica e primitiva entendia que a alma e o corpo encerravam-se no mesmo túmulo e era preciso que os familiares vivos cultuassem os mortos, seres divinos que gozavam de uma existência bem-aventurada. Esse culto realizava-se pelo sepultamento no local em que a família fixava sua morada, sendo essa sepultura objeto de diversos ritos e oferendas. Além disso, cada casa possuía um altar, onde se mantinha aceso o fogo, também sagrado. O fogo do lar era a Providência da família.

O reconhecimento da divindade do local em que a entidade familiar se fixava nasceu espontaneamente, em decorrência da própria necessidade humana de um pouso, de um resguardo:<sup>18</sup>

O deus da família deseja ter morada fixa; materialmente, a pedra sobre a qual ele brilha torna-se de difícil transporte; religiosamente, isso parece-lhe ainda mais difícil, só sendo permitido ao homem quando dura necessidade o aperta, o inimigo o expulsa, ou a terra não pode alimentá-lo. Ao assentar-se o lar, fazem-no com o pensamento e a esperança de que permanecerá sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala não para um dia, nem mesmo pelo espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo que dure esta família e dela restar alguém que alimente a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse do solo; apossa-se desta parte de terra que fica sendo, assim, sua propriedade.

A ideia de morada foi precedida por essa cultura mítica de posse de um espaço sagrado. O ser humano fixou-se em um lugar também em virtude da religião.

O solo não valia por si só, mas em virtude de sua função de proteger e promover o fogo sagrado, símbolo da própria vida. Hedemann<sup>19</sup> dizia que o solo seria toda hipótese e toda possibilidade de vida.

Segundo o historiador Geoffrey Blainey,<sup>20</sup> “em toda a história da humanidade, praticamente todos os povos estavam ligados ao solo”.

Andrew M. Riggsby, referindo-se ao discurso *Pro Domo Sua*, de Cícero, também destaca o caráter sagrado da morada: “O que é mais sagrado, o que é protegido pelo maior valor religioso do que a casa de um cidadão? Neste lugar, estão altares, lares, deuses, ritos,

<sup>18</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma* [La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome]. Trad. Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 45.

<sup>19</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil. Derechos reales*. Trad. Jose Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Vol. II. Original alemão.

<sup>20</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo* [A short history of the world]. Trad. Tibério Júlio Couto Novais. São Paulo: Fundamento Educacional, 2008. p. 334.

hábitos e cerimônias religiosas. Este é um refúgio tão sagrado que ninguém pode ser arrebatado dele".<sup>21</sup>

Na Antiguidade, os plebeus, por não terem ou não cultuarem a religião doméstica, não podiam exercer direitos sobre o solo. Caso possuíssem algum quinhão de terra, este seria considerado profano, sem proteção ou reconhecimento.<sup>22</sup>

O Cristianismo buscou aprimorar a consecução dos valores da pessoa humana, entre os quais não faltaram relevantes e sensíveis contribuições para a causa da moradia. A Bíblia, em diversas passagens, acentua a necessidade de um espaço como garantia de realização e redenção da existência humana.

Na literatura bíblica, há várias passagens sobre o local de morada. Em Números 13, 17-29, há descrição da terra prometida, da qual jorram leite e mel. No Segundo Livro de Samuel 7, Deus promete a Davi um reino eterno, uma casa que seja estável para sempre. O Novo Testamento, em Mateus 2, 13-15, narra a fuga de José e Maria, com o Menino, para o Egito, na busca de um local protegido contra a perseguição de Herodes: "Do Egito chamei o meu Filho". João 14, 1-4, por sua vez, descreve a redenção na vida eterna, asseverando que "Na casa de meu Pai, há muitas moradas".

Na Segunda Carta de São Paulo aos Coríntios (2 Cor. 5, 6-10), o corpo é lembrado como a morada da alma nesta peregrinação terrestre.

No Livro do Êxodo 4, 21-23, há bela passagem em que os hebreus, escravizados no Egito, acabaram escapando com Moisés, pelo Mar Vermelho, em direção à terra que acreditavam prometida por Deus.

Segundo o Decálogo, a terra é um direito de todos, sendo vedada violação desse direito pela cobiça: "Não cobiçarás a casa do teu próximo, nem o seu campo [...]" (Dt. 5, 21). Segundo Isaías (5, 8), "Ai de vós, os que ajuntais casas e mais casas, e que acrescentais campos e campos".

<sup>21</sup> RIGGSBY, Andrew M. The post reditum speeches. In.: MAY, James M. *Brill's companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*. Boston: Brill, 2002. p. 164.

<sup>22</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. [La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome]. Trad. Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 166 e 199.

Nas cartas encíclicas, embora não se vislumbre referência à posse como instituto autônomo em relação à propriedade, é presente também a preocupação com o acesso aos bens como forma de realização de direito existencial.

Na encíclica *Rerum Novarum* (1891), o Papa Leão XIII<sup>23</sup> asseverou que “deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de usar das coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido”.

O Papa João Paulo II, inspirado pela *Rerum Novarum*, defendeu a posse da terra como valor indispensável ao livre e pleno desenvolvimento da pessoa humana. Para o Pontífice,<sup>24</sup> a terra é um elemento central do processo econômico, sendo certo que aqueles que a cultivam e que estão excluídos de sua posse “estão reduzidos a condições de semi-escravatura”.

Segundo o Pontifício Conselho Justiça e Paz,<sup>25</sup> “o direito ao uso dos bens terrenos é um direito natural, primário, de valor universal, enquanto compete a cada ser humano [...]”.

Em 1993, foi decisiva a participação da Igreja Católica no debate sobre o tema moradia, promovendo a Campanha da Fraternidade, cujo lema era a pergunta: “*Onde Moras?*”<sup>26</sup>

A Igreja buscou suscitar reflexões sobre a situação brasileira de moradia, propondo a construção de espaços de dignidade, enfim, a melhoria no ambiente de moradia dos mais pobres.

Nesse sentido, relevante se mostrou a reflexão de João Paulo II de que uma casa é muito mais que um teto. É o local onde o ser humano realiza e vive sua própria vida, espaço em que constrói também sua identidade mais profunda e suas relações com os outros.<sup>27</sup>

As artes também alcançam o tema.

<sup>23</sup> LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 13.

<sup>24</sup> JOÃO PAULO II. *Centesimus Annus*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 63.

<sup>25</sup> PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Para uma melhor distribuição da terra: o desafio da reforma agrária*. São Paulo: Paulinas, 1998. p.37.

<sup>26</sup> CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. *Campanha da fraternidade 1993: texto-base*. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 1993.

<sup>27</sup> CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. *Campanha da fraternidade 1993: texto-base*. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 1993. p.35.

A conhecida pintura de Rembrandt Van Rijn, no museu Hermitage, na Rússia, retratando a história da volta do filho pródigo, bem revela todo o significado da casa, que é o centro do ser.

Segundo Henri Nouwen,<sup>28</sup> “deixar a casa é, portanto, muito mais do que um acontecimento histórico limitado a tempo e lugar. É negar a realidade espiritual de que pertença a Deus com todo o meu ser, que Deus me ampara num eterno abraço, que sou realmente moldado nas palmas de Deus escondido nas suas sombras”.

Indiscutível a importância de Gaston Bachelard na abordagem do temário da casa em sua conhecida obra *La poétique de l'espace*. A poesia do autor sensibiliza que “a casa abriga o devaneio, a casa protege o sonhador, a casa permite sonhar em paz”.<sup>29</sup>

No Brasil, Aluísio de Azevedo, em seu célebre romance *O Cortiço* (1890),<sup>30</sup> bem denunciou a situação da moradia no fim do Século XIX no Rio de Janeiro, onde a habitação coletiva, o cortiço, era fonte das mais diferentes vicissitudes que afligiam os mais diversos necessitados.

Igualmente, a natureza demonstra a essencialidade da morada.

O primeiro e natural abrigo do ser humano é o ventre materno, espaço a partir do qual se apresenta para uma vida externa e plena de realizações. Afastado desse abrigo natural, o ser humano necessariamente teve que desenvolver e aprimorar a ideia de teto, de abrigo artificial.

Nesse contexto, Silma Mendes Berti<sup>31</sup> ensina que “a natureza conferiu à mulher o privilégio de abrigar em seu ventre um ser – o filho em formação – desde a concepção até o nascimento”. O ventre materno “é o lugar adequado à acolhida incondicional do filho numa oferta de amor e de segurança”.

Vencida essa morada natural, o céu como teto ou o viver sob as estrelas nunca passaram de bela e poética imagem para o ser humano.

<sup>28</sup> NOUWEN, Henri J. M. *A volta do filho pródigo: a história de um retorno para casa* [The return of the prodigal son]. Trad. Sônia S. R. Orberg. São Paulo: Paulinas, 1997. p.42.

<sup>29</sup> BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 10. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2009. p. 25-26.

<sup>30</sup> AZEVEDO, Aluísio. *O cortiço*. São Paulo: Ática, 1991.

<sup>31</sup> BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.1 e 27.

O conhecido João de Barro (ave da espécie *furnarius rufus*) simboliza toda essa realidade. Sua engenhosidade e sua perfeição permitem a construção do lar com terra, compartimentos forrados com vegetais secos e, preferencialmente, em locais altos, bem iluminados e abertos para a vida. Assim, a ideia de morada está intimamente ligada à posse. Seria, então, a moradia uma expressão da posse?

Em que pese, como qualquer outro instituto, a posse se originar de uma situação fática, muito ainda se discute sobre sua natureza jurídica: um simples ou puro fato, um direito subjetivo pessoal ou real? Trata-se, segundo José Carlos Moreira Alves,<sup>32</sup> de uma controvérsia multissecular.

Como antevê Jhering,<sup>33</sup> na posse, o direito e o fato se completam:

[...] o direito nasce com o fato e desaparece com ele; um não existe sem que exista o outro. Acontece o mesmo com o direito de personalidade, que compartilhou a sorte da posse, pelo que alguns juristas quisera, tão equivocadamente como fizeram com a posse, negar-lhe o caráter de um direito. Assim como a posse está unida à existência do estado do fato destinado a protegê-la, assim também o direito de personalidade está ligado à existência da pessoa; nasce e morre com ela; neste caso, o fato e o direito também concordam completamente.

## 1.2 Natureza jurídica: controvérsias e atualidade

A partir da contribuição do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Canônico, duas grandes correntes destacaram-se na conformação do pensamento jurídico sobre a posse: a subjetiva e a objetiva.

Dois nomes se sobressaíram no desenvolvimento dessas correntes: Savigny e Jhering.

Savigny foi o idealizador da teoria subjetiva, reconstruindo toda a teoria da posse concebida pelos juristas romanos a partir de dois elementos fundamentais e indissociáveis: o *corpus* e o *animus*.

<sup>32</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, Vol. II, Tomo I. p. 69.  
<sup>33</sup> JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 43-44. Original alemão.

Em 1803, aos 24 anos de idade, Savigny publicou a memorável obra *Traité de la possession en Droit Romain*.<sup>34</sup>

Segundo o autor, o *corpus* é a materialidade da coisa objeto do domínio pelo titular. A posse requer a possibilidade imediata de dispor fisicamente da coisa e de defendê-la contra terceiros. O *animus* consubstancia a vontade, a intenção do titular da apreensão material de ser proprietário da coisa, a intenção de ter a coisa como sua.

A teoria ganhou a qualificação de subjetiva em razão do foco na vontade qualificada do sujeito de direito, não sendo suficiente a detenção da coisa, mas imprescindível acrescê-la do elemento anímico, consubstanciado na intenção de possuir por conta própria ou a título de proprietário.

Apesar de exercer grande influência em diversos países, inclusive no Brasil, essa teoria não explica várias e correntes situações. Na relação de locação imobiliária, segundo a teoria de Savigny, nem o locador nem o locatário seriam possuidores. O primeiro, por se encontrar demitido da apreensão imediata da coisa locada; o segundo, por, muitas vezes, não ter a intenção de adquirir o imóvel objeto da sua fruição contratual. Dificuldade semelhante pode ser verificada nos efeitos negociais do comodato e do depósito.

A teoria subjetiva igualmente não admite aquisição de posse pelos sujeitos de direito desprovidos da capacidade de fato, de modo que o absolutamente incapaz, ainda que exerça apreensão da coisa, exteriorizando comportamento de proprietário, dela não será considerado possuidor. Seria, então, detentor?

Em contraponto a Savigny, Jhering desenvolveu a teoria objetiva, considerando que a posse requer os mesmos e indissociáveis elementos do *corpus* e do *animus*. O ponto de discordância com Savigny parece ser a conceituação desses elementos.

Para Jhering, *corpus* é o poder, direto ou indireto, sobre a coisa. A posse não pressupõe, em todas as situações, uma apreensão, um controle imediato ou real sobre a coisa. O locador, conquanto não mantenha disponibilidade física ou real do imóvel locado, exerce sobre ele um poder indireto. A coisa cumpre uma destinação econômica.

---

<sup>34</sup> SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Trad. Genri Staedtler. 7. éd. Bruxelles: Bruylant Christophe & Compagnie, libraires-éditeurs, 1866.

De outro lado, o *animus* não se confunde com a intenção de ser proprietário, mas é definido pelo comportamento próprio de proprietário. É a vontade de se comportar de fato como o faria um proprietário. Em um período, Jhering sintetiza sua teoria: a posse é a exteriorização, a visibilidade da propriedade, é a forma como esta se manifesta, apresenta-se visível. Ou, ainda, a posse é a sentinela ou a guarda avançada da propriedade. Segundo Jhering,<sup>35</sup> “onde a propriedade não é possível, objetiva ou subjetivamente, a posse também não o é”.

O locatário exerce a apreensão da coisa locada e, ainda que não tenha interesse de ser proprietário dela, comporta-se como tal, apresentando-se como proprietário.

A grande inteligência da teoria objetiva decorre do reconhecimento do desdobramento ou desmembramento da posse: direta e indireta. Ambas podem perfeitamente coexistir.

O desdobramento possessório imobiliário é de grande valia na promoção da moradia. Contemporaneamente, além da situação contratual da locação, sobressaem os mecanismos de alienação fiduciária imobiliária, usufruto, direito real de habitação, direito real de superfície e fideicomisso.

Porém, de alguma forma, tanto Savigny quanto Jhering vincularam a posse ao direito de propriedade. Sendo a posse manifestação ou visibilidade da propriedade, aquela nada mais seria que uma forma ou modo de exercício do direito de propriedade.

Jhering textualmente asseverou que “a utilização econômica da propriedade tem por condição a posse. A propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher os frutos”.<sup>36</sup>

Porém, não seria a posse um direito autônomo? Qual sua natureza jurídica?

A posse não é um simples ou puro fato. Como adverte José Carlos Moreira Alves,<sup>37</sup> “Ninguém nega – negá-lo seria negar a evidência – que a posse seja um estado de

<sup>35</sup> JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 27. Original alemão.

<sup>36</sup> JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 14. Original alemão.

<sup>37</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, Vol. II, Tomo I. p. 80.

fato disciplinado pelo direito, e, portanto, um instituto jurídico, e não um estado de fato indiferente à ordem jurídica”.

A posse é um interesse juridicamente reconhecido e protegido e, nesse sentido, não há como não reconhecer o direito de posse ou o direito à posse. Segundo Jhering,<sup>38</sup> “se se parte desta definição: os direitos são os interesses juridicamente protegidos, não pode haver a menor dúvida de que é necessário reconhecer o caráter de direito à posse. [...] A posse aparece como uma relação imediata da pessoa com a coisa; pertence, pois, ao direito das coisas”.

Para Jhering, a posse, por sua própria estrutura, é um direito real (*jus in re*) – contrariando, assim, Savigny, que atribuía à posse a natureza de direito pessoal.

No ordenamento jurídico pátrio, ainda persiste a controvérsia.

Tito Fulgêncio<sup>39</sup> defendeu a teoria objetiva, ao reconhecer que a posse é a propriedade atualizada, exteriorizada e visível.

Darcy Bessone<sup>40</sup> situa a posse na estrutura dos direitos obrigacionais. À pergunta “se o possuidor tivesse um direito, qual seria o conteúdo desse direito?”, o autor responde que não seria o direito sobre a coisa, o *jus in re propria* ou o *jus in re aliena*.

Em desfavor da natureza real da posse, sobressai, para algumas vozes dissonantes, a ausência de publicidade do registro imobiliário, a qual não poderia ser levada a cabo sem um fundamento legal.

Já advertia Darcy Bessone que o direito real sobre imóveis somente deriva do registro imobiliário, no qual não há acolhida para a posse. Segundo ele, “não seria concebível o dualismo que levasse à coexistência de dois direitos reais, um derivado da matrícula e outro oriundo do fato possessório, em si mesmo, ambos incidentes sobre uma só e mesma prerrogativa jurídica”.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 40-47. Original alemão.

<sup>39</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 10. ed. atualizada por Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67.

<sup>40</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 466-467.

<sup>41</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 471.

Ultrapassando esse primeiro obstáculo quanto à falta de oponibilidade *erga omnes* da posse, é o magistério de Clovis Bevilacqua,<sup>42</sup> segundo o qual a posse é visível, uma manifestação de um direito real.

Os atos possessórios sobre uma coisa, notadamente de natureza imóvel, são visíveis por si só. Em regra, ninguém exerce o domínio sobre um imóvel ocultado do conhecimento de todos. A publicidade do direito sobre a coisa decorre da própria detenção física da coisa, razão por que não se pode falar em registro como pressuposto aquisitivo possessório.

Inspirados na teoria objetiva de Jhering, sendo a posse a exteriorização da propriedade, todos se sentem moralmente compelidos a respeitar o domínio alheio ainda que exercido pelo possuidor. A oponibilidade não relativa da situação possessória não se confunde com o registro imobiliário, ao revés, é natural. Se assim não fosse, estaria esvaziada a proteção dominial pelos interditos possessórios.

A realidade é pródiga em situações de posse imobiliária desprovida ou desvinculada do título de propriedade, não se podendo falar em inscrição no registro imobiliário. Nem todo direito sobre imóveis é ou deve ser registrado; se fosse diverso, também não se admitiria o conteúdo predominantemente declaratório da sentença em procedimento de usucapião.

Segundo Menezes Cordeiro,<sup>43</sup> o exercício possessório é “perceptível, no espaço jurídico, pelos diversos membros da comunidade. A posse vê-se”.

Embora o Código Civil brasileiro, no art. 1.196 – e na esteira dos códigos italiano e português –, pareça vincular a posse à propriedade,<sup>44</sup> no art. 1.210, § 2º, reconhece sua autonomia e visibilidade, ao determinar que “não obsta à manutenção ou reintegração na

<sup>42</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951, v. I. p. 24.

<sup>43</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.113.

<sup>44</sup> Art. 1.196 do Código Civil brasileiro: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.140, Codice Civile italiano: Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale. (A posse é o poder sobre a coisa que se manifesta numa atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real.)

Art. 1.251º do Código Civil português: Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.

posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”, em que pese, no art. 1.212, afastar os efeitos dos interditos possessórios em relação a terceiro de boa-fé.

A posse deve encontrar proteção e reconhecimento autônomo no ordenamento jurídico. Ela presume a propriedade, mas nem todo possuidor é ou se pretende proprietário e, ainda assim, seu domínio parece produzir eficácia contra todos. Discutível é a assertiva de Denis Lerrer Rosenfield,<sup>45</sup> segundo a qual a posse é uma forma incompleta de propriedade.

Afigura-se reduzido o fundamento de sua defesa em atenção à propriedade. Deve-se protegê-la em homenagem ao titular da situação jurídica de possuidor. Daí a autonomia das ações possessórias em relação às petições.

A posse não é necessariamente uma emanção do direito de propriedade (*ius possidendi*); ela tem uma posição equidistante da propriedade. Nesse sentido, mostra-se mais acertada a disposição do Código Civil francês, segundo a qual “a posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que nós temos ou que nós exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que a exerce em nosso nome”.<sup>46</sup>

Como bem afirmaram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,<sup>47</sup> “a oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia, como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar”.

Também contrária à natureza real da posse é a tese no sentido de que os direitos reais admitidos pelo Código Civil são aqueles expressamente declarados, constituindo a especificação da lei um *numerus clausus*. Somente seriam direitos reais aqueles inscritos no art. 1.225 do Código Civil brasileiro, entre os quais não se encontra a posse.

Quanto a esse tópico, pertinente é a conclusão de Serpa Lopes:<sup>48</sup>

A posse não foi contemplada expressamente como sendo um dos direitos reais. Isto, porém, não chega a ser um obstáculo, pois a questão do *numerus clausus* não influi no caso presente, se tivermos em vista que o princípio da

<sup>45</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 66.

<sup>46</sup> Art. 2228. La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

<sup>47</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37.

<sup>48</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, Vol. VI, p. 38.

hermeticidade dos direitos reais não exige uma norma legal expressa criando-os, isto é, que declare expressamente revestir-se do caráter de direito real uma determinada relação jurídica. É suficiente que os seus pressupostos coincidam com os de um direito real.

Qual a conclusão a se estabelecer diante de todas essas divergências?

Nenhuma dessas teorias se basta ou é verdadeira por si mesma. Como adverte Menezes Cordeiro,<sup>49</sup> “os discursos concretos de SAVIGNY e de JHERING não podem, hoje, ser pura e simplesmente subscritos: nem um, nem outro”.

Segundo Ricardo Aronne,<sup>50</sup> “não podemos esquecer-nos jamais da contribuição de Savigny e de Jhering para tal instituto, porém, não se pode ver o mesmo com os olhos da época do desenvolvimento de tais conceitos e concepção dos respectivos fâmulos”.

Consoante preleciona José Carlos Moreira Alves,<sup>51</sup> quando se pretende estudar a posse, “não se pode construir teoria estritamente lógica, em que se estabeleça, como premissa, concepção unitária da posse, e dela se extraíam conseqüências inelutáveis”.

Poder-se-ia afirmar que a posse pressupõe uma relação jurídica entre o titular do poder jurídico sobre uma determinada coisa e os terceiros em geral, que se devem abster de perturbá-lo no legítimo exercício desse domínio.

Essa relação, recaindo sobre um bem definido e caracterizada pela obrigação passiva universal, não se afasta da estrutura dos direitos reais. Aos elementos *corpus* e *animus*, porém, convém acrescer um terceiro, qual seja, a função ou a causa, já que a posse, contemporaneamente, tem uma causa, uma função, um fundamento de proteção e de garantia.

Como bem assevera Serpa Lopes:<sup>52</sup>

Sem esquecermos o princípio da *proportio hominis ad hominem*, é indiscutível que as coisas que nos aparecem no mundo exterior são todas destinadas ao homem, à sua utilização, como elemento necessário às suas próprias condições de vida. É por isso que o direito real se patenteia, antes de tudo, por se projetar sobre uma coisa, submetendo-a ao poder de uma

<sup>49</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 52.

<sup>50</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

<sup>51</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *A posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4.

<sup>52</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, Vol. VI. p. 26.

pessoa ou de uma entidade. A ordem jurídica regula, então, a maneira pela qual se exerce esse poder do homem sobre a coisa. Apresenta-se sob uma forma absoluta, se compreendermos esse absoluto, dentro dos limites fatais que a lei lhe traça.

À pergunta “ao que se deve unir a posse?”, Tito Fulgêncio<sup>53</sup> responde que “ao elemento em que unicamente se funda sua importância: o elemento econômico. A posse é a relação de fato entre as pessoas e a coisa, tal como a dispõe o fim para que esta se utiliza sob o ponto de vista econômico”.

A posse pressupõe relação intersubjetiva – a coisa é mero objeto. Acertadamente, Caio Mário da Silva Pereira<sup>54</sup> esclarece:

[...] no direito real existe um sujeito ativo, titular do direito, e há uma relação jurídica, que não se estabelece com a coisa, pois que esta é objeto do direito, mas tem a faculdade de opô-la *erga omnes*, estabelecendo-se desta sorte uma relação em que é sujeito ativo o titular do direito real, e sujeito passivo a generalidade anônima de indivíduos.

A posse não pressupõe uma relação entre pessoa e coisa, mas entre pessoas acerca do uso de coisas:

[...] alguém que pensa que seu direito é uma relação direta com coisas e não com pessoas teria que pensar (ainda que apenas obscuramente) que visto que aí existe a correspondência de um direito, de um lado, com um dever, do outro, uma coisa externa sempre permanece sob obrigação relativamente ao primeiro possuidor, muito embora tenha deixado suas mãos; que, uma vez que já se encontra obrigada a ele, rejeita qualquer outro que pretenda ser o seu possuidor. [...] É, portanto, absurdo pensar numa obrigação de uma pessoa em relação a coisas ou o contrário [...].<sup>55</sup>

A finalidade – ou a causa possessória – não se restringe ao aspecto econômico, vai muito além disso. Para Norberto Bobbio,<sup>56</sup> o direito vai muito além da visão estrutural, que deve ser complementada por uma dimensão funcional.

O direito contemporâneo tende a considerar os bens não a partir de sua natureza, mas principalmente de sua finalidade. A destinação passou a ser critério determinante no

<sup>53</sup>FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 10. ed. atualizada por Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

<sup>54</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. IV. p. 3.

<sup>55</sup>KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* [Metaphysik der sitten]. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 105.

<sup>56</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* [Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto]. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

regramento do direito à coisa.<sup>57</sup> Nessa perspectiva, entre as funções da posse, destaca-se a preocupação com a moradia, que é compreendida como segurança da posse.<sup>58</sup>

### 1.3 Segurança da posse e moradia

A United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT),<sup>59</sup> Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos que tem como principal objetivo a promoção do acesso universal à moradia sustentável, defende que a segurança da posse – sua estabilidade pelo decurso do tempo – é um dos fundamentos do direito à moradia. Todas as pessoas devem ter um grau de segurança de posse que lhes garanta proteção contra despejos forçados, expropriação, deslocamentos e outras ameaças.

O Comentário Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1991, também observou que todas as pessoas devem gozar de um certo grau de segurança da posse que lhes garanta a proteção legal contra o despejo forçado e o esbulho.

Para Leticia Marques Osório,<sup>60</sup> “a segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente”.

Cautela faz-se necessário, pois, algumas vezes, pretensões oficiais podem ocultar discutíveis interesses econômicos sob um aparente discurso de promoção de valores socialmente relevantes. Como bem pontuou Andreino Campos, a decisão de remover ou despejar moradores de áreas valorizadas em razão do interesse de grupos econômicos “é sempre política, encoberta, por discursos indiretos, como de insalubridade (o caso dos cortiços, no final do século XIX, e das favelas, no início do século XX) e alto risco ambiental

<sup>57</sup> BOFFA, Romain. *La destination de la chose*. Paris: Defrénois, 2008. p. 429.

<sup>58</sup> Cf. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>59</sup> Disponível em: <<http://www.unhabitat.org>>. Acesso em: 16.10.2008.

<sup>60</sup> OSÓRIO, Leticia Marques. *Direito à moradia adequada na América Latina*. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 35.

(versão mais moderna do discurso para a retirada de população dos locais passíveis de valorização)”.<sup>61</sup>

No Brasil, a reforma urbana levada a cabo por Rodrigues Alves Pereira Passos, no início do Século XX no Rio de Janeiro, ao argumento de uma necessária política higienista, segregou muitas pessoas, afastando-as para a periferia.<sup>62</sup> O discurso da remoção decorre do imaginário coletivo de que a favela, quase sempre, representa situação de perigo à segurança pública, além de ensejar desvalorização dos espaços de moradias das outras classes sociais.

Na verdade, o que se pretende é garantir a segurança da posse associada à necessária urbanização de espaços urbanos de exclusão.

Mike Davis também aponta a ocorrência de despejos oficiais com o propósito de esconder a pobreza, deslocamentos espaciais que buscam o que se denomina de “embelezamento urbano” ou de “limpeza étnica”. Lembra que, em razão dos Jogos Olímpicos de Seul (1988), 720 mil pessoas pobres foram removidas de Seul e Incheon. Do mesmo modo, por ocasião dos Jogos de Beijing (2008), 350 mil pessoas foram deslocadas de suas moradas para a construção de estádios.<sup>63</sup>

A segurança da posse pode evitar essas situações, buscando resguardar iniciativas de supressão do direito de moradia ainda que sob as vestes de programas governamentais. Não se pode “melhorar” a paisagem urbana, despejando da cidade seus moradores.

#### 1.4 Tratamento legal no Brasil

No Brasil, o primeiro mecanismo jurídico de titulação e regularização fundiária, objetivando a segurança da posse para fins de moradia, consistiu na legitimação de posse. Tratou-se de instrumento privilegiado de reconhecimento da consolidação da posse no tempo, evitando a remoção daqueles que ocupavam o espaço público para morar e trabalhar.

<sup>61</sup> CAMPOS, Andrelino. *Do quilombo à favela: a produção do espaço criminalizado no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 66-67.

<sup>62</sup> CALHOUN, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

<sup>63</sup> Cf. DAVIS, Mike. *Planeta favela [Planet of slums]*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006. p 111-114.

A Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como Lei de Terras, assegurava, no art. 5º, a legitimação das posses sem oposição aos posseiros que estivessem cumprindo a função social da moradia e produtividade: “Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente [...]”.

Laura Beck Varela,<sup>64</sup> em sua historiografia sobre o direito de propriedade privada no Brasil, adverte que, mesmo antes da Lei de Terras, nos litígios fundiários, eram frequentemente invocados o cultivo e a moradia como fundamentos jurídicos a legitimarem pretensões.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, no art. 156, § 1º, determinava que “os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares”, redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964: “Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até cem hectares”.

O art. 99 da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), dispôs que “a transferência do domínio ao posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei”.

Coube ao Decreto-Lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, apresentar o instrumento da concessão de direito real de uso, e à Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, dispor sobre o procedimento discriminatório de terras devolutas.

Como instrumento de segurança da posse, sobressai também a Lei n.º 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que, modificando a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, atribuiu, no art. 26, § 3º, eficácia real ao instrumento de cessão de posse entre o poder público e particulares.

---

<sup>64</sup> VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 115.

A Constituição da República de 1988, embora não se tenha referido ao instituto da legitimação de posse, ampliou as modalidades de usucapião e possibilitou, no §1º do art. 183, a instituição da figura “concessão de uso especial para fins de moradia”, que foi disciplinada pela Medida Provisória n.º 2.220, de 4 de setembro de 2001, em razão dos vetos do Presidente da República aos artigos 15 a 20 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

A recente Lei n.º 11.481, de 31 de maio de 2007, também disciplinou a concessão de direito real de uso com fim específico de regularização fundiária de interesse social, alterando o rol dos direitos reais.

No âmbito dos Estados, a Constituição do Estado de São Paulo, conforme Emenda n.º 23, de 31 de janeiro de 2007, permite a desafetação de áreas públicas ocupadas, para fins de regularização fundiária de interesse social e de registro dos títulos em nome dos moradores-possuidores.

Antecedente a essa disposição constitucional, destaca-se, como relevante precedente na promoção da segurança da posse para fins de moradia, a decisão do Desembargador José Osório, na Apelação Cível n.º 212.726-1-8, julgada em 16 de dezembro de 1994, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de *leading case*, em que se reconheceu que a remoção de várias famílias ocupantes, há bastante tempo, de área de favela consistiria medida social e juridicamente impossível.

Cuidou o caso de loteamento privado que, por mais de 20 anos, esteve em estado de autêntico abandono pelos proprietários, circunstância que permitiu a consolidação da “Favela do Pullman”, com ocupação de moradias de aproximadamente 30 famílias, cerca de 100 pessoas. Os proprietários formularam pretensão reivindicatória, objetivando reaver o imóvel. A sentença foi-lhes favorável em primeira instância. Porém, deu-se a reforma do julgado sob o fundamento de que o direito de propriedade teria sido exercido de forma antissocial.

No voto condutor do Desembargador José Osório,<sup>65</sup> assim restou destacado:

[...] o desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É

<sup>65</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 85, v. 723, jan. 1996. p. 207.

uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

A decisão configura autêntica tutela da confiança de pessoas que, longamente, possuíram uma área como sua, atribuindo-lhe funcionalidade social para fins de moradia.<sup>66</sup>

Entre os mecanismos de segurança da posse e efetivação do direito à moradia, destaca-se o usucapião nas suas diversas modalidades, cujo pressuposto é centrado em duas essencialidades da realidade humana: o espaço e o tempo: a moradia deve ser o *locus* da expansão e da realização ilimitadas da personalidade humana em um projeto temporal finito.

### 1.5 Segurança da posse e usucapião

O termo usucapião<sup>67</sup> provém da expressão *usucapio*, que significa tomar a coisa pelo uso. A despeito de sua técnica, o usucapião configura relevante instrumento de regularização fundiária e de segurança da posse. Há pessoas que exercem atos de posse sobre imóveis, urbanos e rurais, por vários anos, emprestando-lhes destinação socioeconômica, sem, contudo, dispor do título de propriedade, necessário a transferências e negociações imobiliárias. Embora a sentença de ação de usucapião tenha eficácia predominantemente declaratória, constituindo o direito de propriedade com a consumação temporal, a titulação é importante elemento de regularização fundiária e instrumento necessário à transmissão imobiliária.

Para alguns autores,<sup>68</sup> o usucapião configura forma de prescrição aquisitiva de direito. Jean-Louis Halpérin<sup>69</sup> define-o como mecanismo de transformação do uso prolongado em propriedade.

<sup>66</sup> Nesse sentido, confira CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 49-50.

<sup>67</sup> O Código Civil de 2002 emprega a forma "a" usucapião.

<sup>68</sup> Segundo Lafayette Rodrigues Pereira, "a palavra *praescriptio* designava no Direito romano a extinção das ações, reais ou pessoais, por falta de exercício do direito durante um certo prazo; mas com o usucapião (prescrição aquisitiva), ao mesmo tempo que opera a aquisição do domínio em favor do possuidor extingue-o em relação ao proprietário, assim veio o dar-se-lhe também a denominação prescrição, *rei praescriptio, rem praescribere*" (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, Tomo I. p. 179-180).

<sup>69</sup> HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica, 2008. p. 36.

Embora presente a fonte comum – o decurso do tempo –, usucapião e prescrição apresentam conteúdos diversos, com destinações igualmente diferenciadas. A prescrição é causa extintiva de pretensões, com regulação na Parte Geral do Código Civil; o usucapião é fonte instituidora de direitos reais, tem lugar próprio no Direito das Coisas.

O ordenamento jurídico pátrio, adotando a corrente dualista, diferenciou prescrição de usucapião.

Prescrição, na dicção do art. 189 do Código Civil, é perda de uma pretensão (poder de exigir uma prestação) em razão do decurso do tempo; usucapião, porém, é forma aquisitiva de direitos reais, sobretudo de propriedade imobiliária, em razão da posse continuada no tempo e da observância de requisitos legais.

O Código Civil de 2002 prevê expressamente a aquisição, mediante usucapião, de bens imóveis (arts. 1.238 a 1.244), móveis (1.260 a 1.262), servidão (art. 1.379) e usufruto (art. 1.391). O usucapião aproveita a todos que exercem atos de posse em intervalo regular de tempo.

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, pode figurar na condição de sujeito ativo de pretensão de usucapião. Há restrição apenas quanto às formas especiais de usucapião, que se destinam à proteção e ao reconhecimento do direito à moradia das pessoas naturais. Qualquer bem é suscetível de usucapião, à exceção de bens públicos, conforme proibição inscrita nos artigos 183, § 3º, 191, parágrafo único, da Constituição da República e no art. 102 do Código Civil.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, referindo-se ao Código Civil de 1916, na Súmula 340, que, “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

No entanto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, dividindo os bens públicos em material e formalmente públicos, defendem a possibilidade de estes serem usucapidos, por entenderem inconstitucional, por violação dos princípios da função social da posse e da proporcionalidade, a absoluta impossibilidade de usucapião de bens públicos,

sobretudo quando esses bens, embora formalmente integrantes do patrimônio de pessoas jurídicas de direito público, não se vinculam a uma finalidade essencialmente pública.<sup>70</sup>

A afirmativa parece chocar-se com o critério formal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que considera insuscetível de usucapião bem integrante do patrimônio de pessoa jurídica de direito público, ainda que administrado por entidade com natureza jurídica de direito privado.

Acresça-se a isso, com fundamento no art. 173, II, da Constituição da República, serem suscetíveis de usucapião os bens pertencentes a entidades paraestatais, por se submeterem ao regime jurídico de direito privado. Igualmente, o bem integrante de herança jacente pode ser objeto de posse *ad usucapionem*, uma vez que tal bem somente se incorpora ao patrimônio público com a sentença declaratória de vacância.

Relevante se afigura a prova da natureza, pública ou não, da coisa objeto de pretensão de usucapião, sobretudo em razão de discussões envolvendo terras devolutas.

Remotamente, o termo “devoluto” quis referir-se às terras que retornaram à Coroa Portuguesa e que lhe foram devolvidas por particulares em razão de descumprimento das condições de concessão de uso, sobretudo pelo sistema de sesmarias. O art. 3º da Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras ou Estatuto das Terras Devolutas) definiu tais terras como coisas não empregadas a um fim público e não incorporadas ao domínio particular por qualquer título legítimo. Enfim, eram terras públicas incultas, sem nenhuma ocupação ou finalidade econômica.

Na dicção do art. 20, II, da Constituição da República de 1988, são bens da União terras devolutas indispensáveis à defesa de fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental. As demais, conforme art. 26, IV, pertencem aos Estados, ressalvando-se que não são devolutas as terras que se encontram no domínio particular por qualquer título legítimo (Lei n.º 601/1850).

Há muito prevaleceu o entendimento segundo o qual a propriedade pública se presume, enquanto a particular se prova por título próprio. Porém, hoje, defende-se que o ônus da prova sobre a natureza pública da coisa objeto de pretensão de usucapião cabe ao

---

<sup>70</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 279-281.

poder público.<sup>71</sup> Com efeito, a ausência de registro no cartório imobiliário, por si só, não caracteriza o imóvel como bem público.

Afastada a titulação pública, pode-se dizer, em síntese, que todos os bens particulares são suscetíveis de usucapião, ainda que gravados de ônus ou restrições voluntárias ou legais, sendo também suscetíveis de usucapião a *res nullius*, que nunca teve dono, e a *res derelicta*, coisa abandonada pelo dono. No abandono, o possuidor renuncia à coisa, que passa a pertencer àquele que dela se assenhoreia.

Ressalte-se que, na hipótese de coisa achada, o objeto encontrado é alheio, havendo, pois, obrigação de restituição, nos termos do art. 1.233 do Código Civil, no dizer de Benedito Silvério Ribeiro,<sup>72</sup> de bens do vento, bens que são do vento, ou seja, perdidos, como se fossem levados pelo vento. O Código Penal, no art. 169, II, prevê o tipo penal de apropriação de coisa achada.

Assim, os bens particulares são suscetíveis de usucapião, à exceção das coisas achadas.

O usucapião é forma de aquisição originária, e não derivada; aquele que apreende a coisa com intenção de dono não estabelece nenhum vínculo, de direito real ou obrigacional, com o proprietário, possuidor ou detentor antecedentes. Não se adquire a coisa de alguém pelo usucapião, mas em desfavor de alguém e em razão da inércia do titular do domínio. Porém, para Caio Mário da Silva Pereira,<sup>73</sup> a aquisição originária pressupõe atos de posse sobre coisa que jamais esteve sob o domínio de outrem, de modo que, para o autor, o usucapião é forma de aquisição derivada, pois pressupõe a perda do domínio por outrem em benefício do usucapiente.

Ao que parece, a relevância do argumento sofreria abalo, já que a aquisição derivada pressupõe vínculo estabelecido entre os titulares da posse, o que não ocorre no usucapião. A coisa, pelo usucapião, incorpora-se ao patrimônio do possuidor livre de quaisquer restrições ou limitações.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 73518/RS. Rel. Min. Barros Monteiro, j.18.11.1999; Resp. 107640/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.21.03.2000; Resp. 113255/MT. Rel. Min. Ari Pargendler, j.10.04.2000; Resp. 97634/RS. Rel. Min. Castro Filho, j.16.02.2003.

<sup>72</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1. p. 600.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. IV. p. 138.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>74</sup> já decidiu que não há nenhuma relação ou sucessão entre aquele que perde a propriedade e o que a adquire pelo usucapião, irrelevantes os vícios de vontade ou defeitos inerentes aos atos causais de transferência da posse. O que postula a aquisição originária não adquire do proprietário, mas sim contra ele, em razão da sua inércia.

Conforme ensinamento de Benedito Silvério Ribeiro:<sup>75</sup>

[...] a posse e o tempo concretizam uma situação fática que se estabelece independentemente do querer ou não querer do real proprietário. A causa fática foi a inércia do antigo possuidor ou proprietário em face da atualidade da posse do novo possuidor usucapiente. Não há liame, por menor que seja, entre a posse reconhecida ex novo e o direito do antigo titular.

### 1.5.1 Requisitos essenciais do usucapião

#### a) Posse

A posse é elemento essencial do usucapião: *sine possessione usucapio contingere non potest*.

O conceito de posse, para fins de usucapião, é concebido por Savigny em sua teoria subjetiva da posse. Ela está no fato material, que submete a coisa a seu titular com a intenção de dono, afigurando-se desnecessária a convicção do possuidor de ser, verdadeiramente, proprietário da coisa.

A intenção de ser dono, situação fática, objeto de prova no caso concreto, exterioriza-se pelo efetivo exercício do domínio, pela prática de atos típicos de proprietário, que utiliza, usufrui e conserva a coisa integrante do seu patrimônio. A posse com intenção de dono – *cum animo domini* – é requisito essencial, devendo ser justa, ausente qualquer vício de violência, clandestinidade ou precariedade.

Segundo o art. 1.208 do Código Civil, os vícios da violência e da clandestinidade podem cessar: o vício da violência cessa pela continuação pacífica da posse, bem como atos possessórios públicos em relação a terceiro configuram posse justa para fins de usucapião.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 13663/SP. Rel. Min. Athos Carneiro, j. 22.09.1992.

<sup>75</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v.1. p.160.

Porém, para Lafayette Rodrigues Pereira,<sup>76</sup> a posse *ad usucapionem* deve ser adquirida de modo justo, não admitindo a cessação dos vícios da violência e da clandestinidade. Seriam suscetíveis de usucapião as coisas imóveis objeto de esbulho e as móveis resultado de furto?

Já a precariedade configura vício objetivo absoluto – enquanto o sujeito não satisfaz a obrigação legal ou contratual de restituição da coisa, sua posse é precária, ou, para alguns, ele é mero detentor, não se podendo falar em posse *ad usucapionem*. De fato, a situação jurídica de precariedade exclui a intenção de ter a coisa como própria. A única possibilidade de aquisição originária dá-se mediante a inversão do título ou a interversão possessória.<sup>77</sup> Nesse caso, o prazo de usucapião só começa a ser contado a partir da data da inversão do título da posse.

Apenas posse mansa, pacífica e sem oposição pode ser objeto de usucapião. Posse justa, como se sabe, não se confunde com posse com justo título, muito menos com posse de boa-fé, elementos acidentais do usucapião que, presentes, determinam a diminuição do requisito temporal hábil à obtenção do título de propriedade.

Como o usucapião também configura instrumento de regularização fundiária e de segurança da posse, é imprescindível que a situação fática possessória se consolide, em determinado espaço de tempo, sem qualquer questionamento ou oposição. -

## b) Tempo

O usucapião é instituto intimamente ligado ao decurso temporal: o tempo é requisito nuclear configurador da *continuatio possessionis*, que não vem contra o direito de propriedade, mas contra o seu não exercício. A consumação temporal ocorre, pois, pela inércia do proprietário que não se valeu dos mecanismos próprios de suspensão e interrupção do lapso legal.

<sup>76</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, Tomo I. p. 192.

<sup>77</sup> A interversão ou inversão da posse consiste na mudança da sua configuração ou causa. A alteração da *causa possessionis* pode ser justificada pelo art. 1.203 do Código Civil.

Segundo Lafayette Rodrigues Pereira,<sup>78</sup> se o proprietário se mantém na inércia e deixa correr o prazo que a lei lhe concede, a culpa é sua. O direito não lhe é violentamente arrebatado, mas sua negligência fez com que lhe fosse suprimido.

O art. 1.244 do Código Civil estabelece que se estende ao possuidor o disposto para o devedor acerca das causas que obstam (impeditivas), suspendem ou interrompem a prescrição, e que também se aplicam ao usucapião. As causas impeditivas equivalem-se às causas de suspensão. Presente, porém, causa impediante, o curso prescricional não se inicia. Suspenso o prazo, conta-se o tempo anterior à causa suspensiva. Na hipótese de interrupção, o prazo anterior à causa interruptiva não entra na contagem após sua cessação, ou seja, o prazo, para fins de usucapião, recomeça a ser contado do zero. A interrupção só se refere ao tempo decorrido, podendo o possuidor recomeçar a contagem do prazo legal após a causa interruptiva, que, a teor do art. 202, incide somente uma única vez.<sup>79</sup> Aplicam-se, pois, ao curso do tempo, para fins de usucapião, principalmente, as regras dos artigos 197, 198 e 202 do Código Civil.

Igualmente, aplicam-se as regras de acessão (art. 1.243 e 1.207) e sucessão possessórias (art. 1.206), desde que se trate de posses homogêneas. Somente não se aplica a *accessio possessionis* nas modalidades de usucapião especial urbano (posse individual) e rural, em razão da exigência da pessoalidade dos atos possessórios.

O ordenamento jurídico brasileiro parece não prever a figura da prescrição imemorial (*praescriptio immemorialis*), que se assenta em uma posse de cujo início não há memória ou prova. O tempo da posse, para fins de usucapião, é matéria objeto de instrução probatória mediante todos os meios de prova admissíveis e varia conforme as modalidades de aquisição originária.

<sup>78</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, Tomo I. p. 183.

<sup>79</sup> Parágrafo único do art. 202 do Código Civil: A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

### 1.5.2 Modalidades de usucapião: noções gerais

#### a) Extraordinário

O usucapião extraordinário é forma aquisitiva de propriedade imobiliária pela posse mansa, pacífica e sem oposição, pelo prazo legal de 15 ou 10 anos, independentemente de boa-fé ou justo título.

O Código Civil de 2002, em homenagem ao princípio estruturante da socialidade, diminuiu os prazos aquisitivos, prevendo, inclusive, a posse qualificada pelo efetivo cumprimento da função social, consubstanciada na posse-moradia ou posse-trabalho (art. 1.238, parágrafo único).

Assim, o exercício de domínio sobre coisa alheia, *cum animo domini*, pelo prazo legal de 15 anos constitui aquisição imobiliária originária, valendo-se a sentença, em procedimento próprio de usucapião, como mero título translativo no registro de imóveis. O que constitui a aquisição imobiliária é a satisfação dos requisitos fundamentais: posse justa, intenção de ser proprietário e tempo.

A continuidade do exercício de atos possessórios não se confunde com o contato efetivo sobre o bem usucapiendo, não se restringindo à necessidade de pessoalidade de atos de posse. Atos de uso e fruição seriam suficientes da mesma forma como o proprietário faria em relação à coisa. Configuraria posse *ad usucapionem* a conservação da coisa ou sua fruição por terceiro mediante relação negocial.

A oposição, para fins de interrupção do lapso legal de usucapião, não se resume a mero inconformismo, e, sim, deve ser manifestada por meios próprios, sobretudo ações judiciais. Segundo Benedito Silvério Ribeiro,<sup>80</sup> a oposição, no sentido que lhe emprestou o legislador, “traduz medidas efetivas, perfeitamente identificáveis na área judicial visando a quebrar a continuidade da posse, opondo à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes ao domínio qualificador da posse”.

A oposição formulada após a consumação dos requisitos do usucapião será inoperante, pois não se interrompe aquilo que já se configurou.

<sup>80</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1. p. 673.

Qualificando-se a posse pela funcionalidade social de moradia ou por sua destinação socioeconômica, o prazo de usucapião é reduzido para 10 anos.

#### b) Ordinário

O usucapião ordinário apresenta os requisitos acidentais do justo título e da boa-fé.

O justo título é aquele que, embora imperfeito, tem aparência de regular, apresentando-se hábil à transferência imobiliária. Justo título é ato jurídico próprio, em tese, a transferir o domínio, é o instrumento extrinsecamente adequado à aquisição imobiliária, embora, intrinsecamente, privado de defeito ou vício.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento de compromisso de compra e venda, ainda que desprovido de registro.<sup>81</sup> Pode-se exemplificar também com as cartas de arrematação e de adjudicação extraídas de quaisquer execuções, as quais, por algum defeito, não possam ser registradas.

O enunciado 86 da *I Jornada de Direito Civil* aponta que “a expressão justo título, contida nos arts. 1242 e 1260 do CC abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro”.

A boa-fé é de natureza subjetiva. Segundo o art. 1.201, é de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. O sujeito de direito que exerce o domínio *cum animo domini*, por erro escusável ou por ignorância, desconhece o defeito da causa ou fundamento da sua posse. O possuidor atua com a percepção ou crença de ser o titular da propriedade do imóvel objeto do seu domínio. Todavia, não há que se falar em posse de boa-fé se o possuidor agiu por erro inescusável ou se sua ignorância decorre de culpa grave ou negligência imperdoável.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 174108/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, j.15.09.2005.

A boa-fé é elemento imprescindível durante todo o lapso legal de usucapião ordinário.

O prazo do usucapião ordinário é de 10 anos, diminuído para cinco na hipótese de posse decorrente de aquisição onerosa, mediante título translativo registrado, atribuindo-se ao possuidor a posse-moradia ou a posse-trabalho. O sujeito de direito pode adquirir, de boa-fé e mediante negócio jurídico oneroso, a posse direta de imóvel, acreditando-se proprietário, inclusive pelo próprio registro imobiliário, que, posteriormente, vem a ser cancelado pela invalidade da causa translaticia. Nesse caso, o adquirente não poderá sofrer os efeitos da evicção pela consolidação da sua posse no tempo, afastando-se, inclusive, a regra do parágrafo único do art. 1.247 do Código Civil.

c) Especial urbano ou usucapião *pro moradia* ou *pro misero*

O art. 183 da Constituição da República, ao estabelecer que “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”, institui mecanismo de aquisição de propriedade imobiliária reproduzido no Código Civil de 2002, conforme art. 1.240, e no Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, art. 9º. Essa modalidade de usucapião apresenta acentuada função social, atribuindo-se segurança da posse para fins de moradia à entidade familiar desprovida do título de propriedade. É a consagração da eficácia horizontal direta do direito à moradia,<sup>82</sup> reforçada pela garantia constitucional do art. 183, §1º, segundo o qual o título de propriedade será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Além da posse justa, mansa, pacífica e no prazo legal de cinco anos, sobrelevam, como requisitos para o usucapião urbano, a necessidade de pessoalidade do exercício de atos possessórios, a ausência de titulação de propriedade pelos possuidores e a incidência dessa modalidade de usucapião em uma única oportunidade em benefício da mesma entidade

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 291.

familiar.<sup>83</sup> Esse último requisito deve ser interpretado em consonância com a finalidade constitucional de estabilidade e segurança da posse para fim exclusivo de moradia, o que – ressalte-se – não subtrai ao possuidor/proprietário o direito de alienar a coisa. Entretanto, essa possibilidade de negociabilidade, embora não vedada,<sup>84</sup> pode configurar violação da finalidade do instituto.

Em razão da pessoalidade da posse, não se admite a acessão possessória, mas somente a sucessão possessória, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei n.º 10.257/2001: “Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão”, dispensando-se, como facilitador de regularização fundiária, a boa-fé e o justo título.

Ainda para fins de usucapião especial, área urbana é toda aquela localizada no perímetro urbano, conforme legislação local de uso e ocupação do solo, valendo destacar que o Estatuto da Cidade estende essa forma aquisitiva às edificações urbanas, e o enunciado 85 da *I Jornada de Direito Civil* acrescenta que, “para efeitos do art. 1.240, *caput*, do Código Civil, entende-se por área urbana o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios”.

Porém, se os atos de posse se estenderem a uma área superior ao limite legal, 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), não se admite pretensão de usucapião especial urbano. Nesse sentido, relevante é o entendimento do enunciado 313 da *IV Jornada de Direito Civil*, determinando que é impossível a aquisição imobiliária por essa modalidade de usucapião quando a posse ocorrer sobre área superior aos limites legais. Tratando-se de forma aquisitiva excepcional, a interpretação é restritiva.

É novidade no campo das espécies a figura do usucapião especial urbano coletivo, com previsão no art. 10 do Estatuto da Cidade:

[...] as áreas urbanas com mais de 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5(cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível

<sup>83</sup> Para Marco Aurelio da Silva Viana, “[...] o titular da pretensão é apenas a pessoa natural, não se admitindo que pessoa jurídica pretenda usucapir na forma prevista. [...] Pessoa jurídica não mora, nem tem família” (VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110).

<sup>84</sup> Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, as pessoas não podem ser obrigadas a fixar-se no local em que estão para o resto de suas vidas (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia*. *Revista de Direito Alternativo*, n.2, São Paulo, 1993. p. 134).

identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Trata-se de instrumento de política urbana que visa à segurança da posse e à regularização fundiária em áreas urbanas em que seja difícil a individualização dos lotes com área menor que a do módulo legal. Tais áreas, ocupadas por população de baixa renda para fins de moradia, apresentam elevada densidade populacional, requerendo instrumentos de urbanização para melhor satisfação das legítimas necessidades dos seus moradores.

A política urbana tem como diretriz “a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”.<sup>85</sup>

Cuida-se de mecanismo essencialmente destinado a espaços de favelamento, em que os ocupantes, isoladamente, não teriam êxito em pretensões de usucapião. A origem desse mecanismo de tutela e promoção de interesses metaindividuais pode ser explicada pela pioneira decisão de Jaboatão dos Guararapes, na região metropolitana de Recife, que reconheceu a possibilidade de pretensões plúrimas de usucapião especial urbano: vários autores contra um único proprietário, com a finalidade de titulação de extensas áreas contíguas ao sul do litoral pernambucano.<sup>86</sup>

No entendimento de Dalmo de Abreu Dallari, uma interpretação teleológica e criativa do art. 183, *caput*, da Constituição da República, independentemente do Estatuto da Cidade, já permitiria o usucapião coletivo:

[...] seria absurda a interpretação que recusasse a possibilidade de usucapião coletivo porque o artigo 183 usa a expressão “aquele que possuir” ou porque diz que título será concedido “ao homem ou à mulher”. Na realidade, é de bom senso, e o espírito e a finalidade do dispositivo o exigem, que se entenda que a expressão “aquele que possuir” não implica “possuir sozinho”. Quem possuir em comum, o compossuidor, pode ser referido como “aquele que possuir”, assim como o condômino estará incluído nos dispositivos legais que fizerem referência àquele que for proprietário.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Art. 2º, XIV, do Estatuto da Cidade.

<sup>86</sup> Cf. LEITÃO, Isolda. Uma experiência de usucapião coletivo em Jaboatão dos Guararapes – Pernambuco. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 145-176.

<sup>87</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Usucapião coletivo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 115, jul./set. 1992. p. 379.

O Estatuto da Cidade busca facilitar a regularização e urbanização dessas áreas, prevendo as possibilidades de acessão possessória (art. 10, § 1º), ação coletiva (art. 12, III), formulação de pedido contraposto (art. 13) e procedimento sumário (art. 14).

A satisfação de interesses de determinada coletividade, em que os titulares estão unidos entre si por uma situação jurídica base, como a ocupação do mesmo espaço urbano, demanda igual e coletiva resposta processual. O enunciado 236, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, reconhece ser possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica.

Como forma de valorização do usucapião especial urbano, individual ou coletivo, o Estatuto da Cidade, no art. 11, determinou que, “na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo”. Se o Código Civil, no seu art. 1.210, § 2º, aboliu a *exceptio proprietatis* como defesa oponível às ações possessórias típicas, o Estatuto da Cidade expressamente previu a autonomia e a relevância da pretensão de usucapião especial urbano.

#### d) Especial rural ou *pro labore*

O usucapião rural é importante mecanismo de reconhecimento da função da posse, em razão da posse-trabalho desenvolvida em espaço não urbano que também serve de moradia para entidade familiar. Sua função socioeconômica configura-se pela produtividade e pela moradia, sendo cumulativos os requisitos.

Essa modalidade aquisitiva de propriedade tem previsão no art. 98 da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, com regulamentação pela Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981, cujos dispositivos normativos devem ser analisados em conformidade com o texto do art. 191 da Constituição da República: “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

A par dos requisitos principais de toda espécie de usucapião – posse e tempo –, essa modalidade especial requer pessoalidade no exercício de atos possessórios por entidade familiar que torne a terra rural, de até 50 hectares, produtiva, e nela fixe sua moradia, desde que não sejam titulares de propriedade de nenhum outro imóvel, rural ou urbano.

O enunciado 312, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, dispõe que “observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada”, evitando-se, assim, titulação de área inferior ao mínimo legal, com manifesto prejuízo à função social da propriedade.

Porém, para Benedito Silvério Ribeiro:<sup>88</sup>

[...] por mais que se combata o minifúndio, afigura-se injusto obstar aos possuidores de imóveis rurais que adquiram por usucapião rural área inferior ao módulo, de vez que estariam frustrados aqueles ocupantes de nengas de terras fisicamente menores. Há porções encravadas e de menor dimensão do que o módulo vigente para o local, constituídas de terras férteis, boa aguada e localização privilegiada, nas quais é possível morar, produzir e subsistir, talvez de melhor forma do que em latifúndio de terra árida, montanhosa ou arredia a qualquer atividade laboral.

Contudo, o registro imobiliário de uma gleba inferior ao módulo rural, ainda que adquirida por usucapião, pode ensejar muitos questionamentos.

Tratando-se de forma excepcional de aquisição imobiliária e na esteira do princípio da simetria, deve ser vedada sua incidência mais de uma vez em favor do mesmo possuidor.<sup>89</sup>

#### e) Usucapião especial do art. 68 do ADCT

O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos,”

<sup>88</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.2. p. 918.

<sup>89</sup> Art. 1.240, § 2º, do Código Civil.

alcançando, portanto, aqueles remanescentes das comunidades de quilombos que ocupavam suas terras no momento da promulgação da Constituição da República de 1988.

Para Cláudio Teixeira da Silva,<sup>90</sup> “o constituinte visou a beneficiar tão-somente os moradores dos quilombos e os seus descendentes que viviam nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades em 1888, e que continuaram a ocupá-las após o citado ano até 05.10.1988”. Trata-se de reconhecido instrumento de efetivação e segurança da posse dos remanescentes sobre as terras que, na época do Império, formavam quilombos. A continuidade do exercício de atos possessórios, de forma mansa, pacífica e sem nenhuma oposição por extenso período de tempo (posse centenária), enseja a presunção constitucional de posse *cum animo domini*.

Tal situação distingue-se daquela relativa às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, os quais, a teor do art. 231, §2º, são usufrutuários desses espaços.

Em síntese, todos esses mecanismos – da legitimação de posse ao usucapião coletivo – apresentam algumas limitações concretas e legais, v.g., a inércia e a impossibilidade do poder público em atribuir ao particular segurança jurídica à posse consolidada no tempo, ou ainda a possível titularidade pública da área objeto da posse-moradia nas modalidades de usucapião.

As hipóteses de legitimação de posse, concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso podem sofrer injunções políticas desviantes, limitando o alcance e a efetividade do direito à moradia.

---

<sup>90</sup> SILVA, Cláudio Teixeira da. O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002. p. 80.

## CAPÍTULO II PROPRIEDADE

### 2.1 Origem

A origem da propriedade constitui matéria extremamente complexa e conflituosa.

Afirma Paolo Grossi<sup>91</sup> que a propriedade não é só um problema técnico: “por debaixo, os grandes arranjos das estruturas; por cima, as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade”.

Fustel de Coulanges – assim como fez com a posse – atribui origem mítica à propriedade. Para ele, a propriedade decorre da titularidade do solo sagrado pela entidade familiar.

A origem da propriedade pode ser explicada pelo poder que o *pater familias*, no Direito Romano arcaico, exercia sobre a casa, concebida, pois, em benefício da estrutura familiar, não se podendo falar ainda em propriedade individual, mas sim em propriedade familiar ou coletiva.

Maria Cristina Cereser Pezzella<sup>92</sup> aponta que “[...] desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social”. O individualismo não era uma característica marcante da propriedade romana.

Para Miguel Nogueira de Brito:<sup>93</sup>

[no Direito Romano primitivo], a base da propriedade é a casa, entendida justamente como grupo proprietário e unidade económica primária, sujeita ao poder doméstico do chefe de família e esta, por seu turno, é a base da cidadania. Ocorre até perguntar em que medida a importância central da casa e a sua consideração como base da cidadania dispensa a existência de uma

<sup>91</sup> GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador [La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico]. In.: *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Enani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 16.

<sup>92</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 218.

<sup>93</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53.

garantia constitucional escrita da propriedade privada e confere ao titular do *dominium ex iure Quiritium* uma proteção que o indivíduo em qualquer Estado moderno apenas alcança através de uma tal garantia. Apenas essa importância da propriedade privada, assumida como base da cidade, permite explicar, na ausência daquela garantia, a afirmação de Cícero de que a razão de ser do Estado é a salvaguarda dos bens.

## 2.2 Fundamento

Ao descrever a cidade ideal, Platão anuncia que a ausência de propriedade privada seria uma das condições para a felicidade de todos os cidadãos. “Em primeiro lugar, nenhum possuirá quaisquer bens próprios, a não ser coisas de primeira necessidade; em seguida, nenhum terá habitação ou depósito algum, em que não possa entrar quem quiser”.<sup>94</sup>

Aristóteles reconhece e defende a propriedade privada, atribuindo-lhe fundamento originário de satisfação das legítimas necessidades humanas, condenando, porém, a especulação e a acumulação indevidas, acrescentando que a causa da discórdia entre os homens não é o exercício particular do domínio sobre as coisas, e sim o desejo desenfreado:

A igualdade dos bens é, indubitavelmente, um meio de impedir as desavenças entre os cidadãos; contudo, para dizer a verdade, não é esse um meio muito bom. Os homens superiores ficarão irritados com uma igualdade que apenas lhes confere uma parte comum e não premia o seu merecimento. Essa pretensão de sua parte traz perturbação freqüente aos Estados e provoca revoluções. Tal é a maldade do homem, que seus desejos são insaciáveis. [...] A sua cupidez é infinita. E a maior parte dos homens passa a existência procurando os meios de a contentar.<sup>95</sup>

A filosofia política aristotélica defende que o desafio do homem político é o de organizar as relações sociais segundo uma realidade em que todos tenham o mínimo necessário para a subsistência e a máxima possibilidade de viver bem. Nessa perspectiva, a casa seria a realização do direito primário de cada indivíduo.

John Locke, um dos grandes teóricos do Iluminismo, defendeu o direito individual à propriedade de forma ilimitada, como expressão da liberdade e da igualdade, valores que cunhou de naturais, anteriores ao próprio Estado.

<sup>94</sup> PLATÃO. *A república*. [Politeia]. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 111.

<sup>95</sup> ARISTÓTELES. *A Política* [La politique]. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 55-56.

Dissertando sobre os fins da sociedade política e do governo, John Locke anunciou que “o maior e principal objetivo, portanto, dos (*sic*) homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto”.<sup>96</sup>

“A autoridade do soberano pára no limite do patrimônio familiar: *imperium* ou *potestas* não deve jamais ser confundido com *dominium* ou *proprietas*.”<sup>97</sup>

Segundo a concepção lockeana, a propriedade privada é emanção da liberdade pessoal, extensão da própria pessoa.

Na síntese de Miguel Nogueira de Brito,<sup>98</sup> “ao compreender a propriedade em termos de extensão da personalidade e ao transformar a personalidade na própria fundação da propriedade sobre os bens externos, Locke logra incluí-la entre os direitos existentes no estado de natureza, para além dos tradicionais direitos sobre a vida e a liberdade”.

Os contornos dessa doutrina dominial influenciaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, entre os direitos naturais e imprescritíveis, inseriu a propriedade privada como forma de oposição às estruturas jurídico-políticas próprias do Regime Absolutista.

Nessa perspectiva liberal, a propriedade foi definida como domínio absoluto e ilimitado da pessoa sobre a coisa. A propósito, o art. 544 do Código Civil francês de 1804 estabelece que a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.

A fundamentação da propriedade na liberdade pessoal também influenciou sua tutela constitucional como garantia contra situações de abuso, discriminação ou injustificada lesão da autonomia e dignidade da pessoa humana.

<sup>96</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* [The second treatise of civil government]. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 92.

<sup>97</sup> PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade* [Property and freedom]. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.49.

<sup>98</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 467.

Nesse sentido, Hegel<sup>99</sup> já dizia que a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa.

Em contraponto ao fundamento privado da propriedade, a concepção materialista – a partir da análise das sociedades primitivas – defendeu a posse e a propriedade coletivas.

Karl Marx e Friedrich Engels, no *Manifesto do Partido Comunista*, de 1848,<sup>100</sup> colocaram em causa a propriedade liberal. Segundo eles, a propriedade privada dos meios de produção configuraria autêntica, ilícita, expropriação e exploração da força de trabalho, sendo manifesta a dialética entre capital e trabalho. Defendiam a expropriação da propriedade fundiária e a utilização da renda resultante para as despesas do Estado.

Proudhon, no famoso *Qu'est-ce que la Propriété?*, exclamava que “a propriedade é o roubo!”<sup>101</sup>

Porém, como bem apontou Denis Lerrer Rosenfield, todas as sociedades que passaram, de alguma forma, pela experiência da desintegração da propriedade privada desembocaram em regimes totalitários, em formas violentas de dominação política. É manifesta a conexão entre liberdade e propriedade. “A propriedade privada é o lugar em que se realizam a liberdade do indivíduo, a liberdade de ação e a liberdade de escolha. Ela é a sua forma mesma de concretização”.<sup>102</sup>

É questionável o pensamento marxista que concebe o modo de produção como condicionante da própria ação humana.<sup>103</sup> A identificação da personalidade com um resultado de relações produtivas viola a própria consciência e dignidade do ser humano.

À exclamação de Proudhon, opõe-se a realidade do sujeito de direito, que faz do direito de propriedade um exercício de liberdade, um contraponto ao absolutismo do Estado.

<sup>99</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7. p. 102.

<sup>100</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

<sup>101</sup> PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?* [Qu'est-ce que la propriété?]. Trad. Marília Caeiro. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 11.

<sup>102</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 114.

<sup>103</sup> Segundo Karl Marx, “O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência” (MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política* [Zur kritik der politischen oekonomie]. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 24).

Como acentua Miguel Nogueira de Brito, não existe uma propriedade social; a propriedade privada é sempre individualista ou não chega a ser propriedade. “O que existe é, pois, apenas, a contraposição entre a propriedade, como expressão da liberdade do proprietário, e o princípio social, como expressão da liberdade do não proprietário”.<sup>104</sup>

As encíclicas pontifícias também defenderam a propriedade privada. A mais importante, pela ressonância social produzida e em contraponto ao Manifesto dos Comunistas de 1848, foi a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891).

Nessa Carta, defendeu-se a propriedade particular e pessoal como direito natural do homem. A propriedade é anterior ao Estado, porque “antes que ele pudesse formar-se já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência”.<sup>105</sup> Segundo o Pontífice, “a propriedade particular é plenamente conforme à natureza. A terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não poderia fornecê-las sem a cultura e sem os cuidados do homem”.<sup>106</sup>

O magistério social da Igreja defende a propriedade privada funcionalizada como valor essencial e indispensável à realização dos legítimos interesses humanos. Em contraponto à ideia socialista e aos excessos do liberalismo econômico, a propriedade particular é vista como mecanismo de usufruto universal sobre os bens. Como ensina Leão XIII, “a equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores, e proceda de modo que, de todos os bens que eles proporcionam à sociedade, lhe seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações”.<sup>107</sup>

Essa doutrina social da Igreja foi fortemente influenciada pelas ideias de Tomás de Aquino.

Na concepção tomista, extraída da segunda seção da segunda parte, questão 66, da *Suma Teológica*, a propriedade particular é direito natural do homem. O exercício desse

<sup>104</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 953-954.

<sup>105</sup> LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 14.

<sup>106</sup> LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 15.

<sup>107</sup> LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 36.

direito é algo não só permitido, sobretudo a quem vive em sociedade, mas ainda absolutamente necessário.<sup>108</sup>

Em verdade, cada teoria influenciou a contemporânea conformação de propriedade, a qual, pela diversidade e complexidade, já não pode ser conceituada por meio de um único modelo ou forma exclusiva. Hoje, são diversos os paradigmas de propriedade: propriedade constitucional, propriedade como direito privado, como expressão da liberdade econômica e – por que não – propriedade-moradia.

E, hoje, qual a concepção prevalecente de propriedade? Qual a definição de direito de propriedade? Seria a moradia simples expressão desse direito?

### 2.3 Conceito e importância da propriedade imobiliária

A legislação não define propriedade; apenas especifica seus atributos ou, segundo alguns, suas faculdades.

Para os juristas, seria a propriedade manifestação de poder sobre a coisa? Para os economistas, seria ela riqueza ou renda da coisa?

A propriedade tem um conteúdo indeterminado, sendo a expressão da liberdade da pessoa sobre a coisa.<sup>109</sup>

Para Francisco Eduardo Loureiro, “a propriedade é uma relação jurídica complexa, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar e dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não-proprietários”.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> SAINT-THOMAS. *Somme théologique*. Les éditions du Cerf. Vol. 3, II-II, Q. 66, art. 1 e 2, 1996. p. 43. Cf. também HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica, 2008. p. 152-153.

<sup>109</sup> BERLIOZ, Pierre. *La notion de bien*. Paris: LGDJ, 2007. p. 243.

<sup>110</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43.

Diz-se que a propriedade pode ainda ser definida como direito subjetivo. Segundo Miguel Nogueira de Brito, “com base na conexão entre propriedade e liberdade, pode caracterizar-se a garantia da propriedade privada como um direito de liberdade”.<sup>111</sup>

Os romanos distinguiram as coisas em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, segundo critérios de interesse social ou individual sobre elas. Posteriormente, essa classificação deu lugar, respectivamente, a coisas imóveis e móveis, ressaltando formas públicas e solenes para a alienação das imóveis, que eram econômica e socialmente mais importantes.

Modernamente, no âmbito da propriedade, distingue-se a estática, de natureza imobiliária, daquela considerada dinâmica, representada pelas atividades econômicas, industriais ou empresariais.

A relevância da propriedade imobiliária explica seu caráter pluridimensional. A par do complexo normativo de Direito Civil, existem várias normas de Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental e Urbanístico que buscam disciplinar o domínio que recai sobre bens imóveis.

Sendo o proprietário o titular do mais amplo dos direitos reais, seu domínio compreende o poder-dever de usar, usufruir e dispor da coisa. Cuida-se da clássica trilogia: *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Historicamente, a propriedade representa a segurança ou a estabilidade quanto ao exercício do domínio, particularmente sobre bem imóvel, sendo o instituto do usucapião singular comprovação dessa realidade. Por sua vez, a posse é ainda compreendida por muitos como realidade normativa qualitativamente inferior ao direito de propriedade.

Darcy Bessone<sup>112</sup> afirma que o direito de propriedade surgiu como produto cultural, “uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social”.

Christophe Albigès<sup>113</sup> acentua que deve ser almejado o equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito à moradia. O juiz, ao apreciar conflito dessa natureza, deve buscar o

<sup>111</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 984.

<sup>112</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 52.

<sup>113</sup> ALBIGÈS, Christophe. Le droit au logement. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p. 808-809.

equilíbrio na relação entre duas pessoas sobre uma mesma coisa – o bem imobiliário –, não se esquecendo, porém, de que o direito à moradia constitui objetivo de valor constitucional.

Destarte, no contexto da definição de propriedade, é preciso integrar o princípio da função social e sobre ele refletir. Se a moradia é uma prioridade ou valor de extração fundamental, o que se pode entender por função social da propriedade?

## 2.4 Função social

A preocupação com a função social é antiga. A Lei das XII Tábuas, que continha grande variedade de normas de direito privado, também disciplinou restrições e limitações ao exercício do direito de propriedade, pelo qual se poderia denominar de conteúdo negativo da função social.

Maria Cristina Cereser Pezzella<sup>114</sup> acentua que “no Direito romano arcaico, retratado no conteúdo da Lei das XII Tábuas, o exercício da propriedade não podia prejudicar vizinhos, terceiros ou a sociedade. Limitações e restrições foram impostas de diversas maneiras [...]”.

Aristóteles já anunciava:

[...] toda propriedade possui duas funções próprias, diferentes entre si: uma particular e direta, outra que não o é. Por exemplo: o calçado poder ser levado nos pés ou utilizado como meio de troca; aí estão, portanto, duas maneiras de o usar. O que troca um calçado por dinheiro ou alimento com aquele que necessita de calçados faz um uso adequado dele, como calçado, porém não o uso apropriado e direto, pois não foi feito para ser trocado. Acontece do mesmo com tudo o que se possui, visto que nada existe que não possa se tornar objeto de troca; e a permuta tem a sua razão de ser na natureza mesma, pois os homens possuem em maior ou menor quantidade os objetos que são imprescindíveis à existência.<sup>115</sup>

Portanto, o fundamento primeiro do direito de propriedade é o emprego da coisa na satisfação das necessidades existenciais.

<sup>114</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 164.

<sup>115</sup> ARISTÓTELES. *A política* [La politique]. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 25.

As encíclicas papais também contribuíram para a consolidação da realidade da função social da propriedade. O Papa João XXIII, invocando a encíclica *Rerum Novarum* (1891), textualmente reconheceu essa funcionalidade na carta *Mater et Magistra* (1961). Segundo ele, “a propriedade privada, mesmo dos bens produtivos, é um direito natural que o Estado não pode suprimir. Consigo, intrinsecamente, comporta uma função social; mas é igualmente um direito, que se exerce em proveito próprio e para bem dos outros”.<sup>116</sup>

Diverso não foi o magistério do Papa João Paulo II. Na Encíclica *Laborem Exercens*, afirmou que o Cristianismo nunca reconheceu o direito de propriedade “como algo absoluto e intocável; pelo contrário, sempre o entendeu no contexto mais vasto do direito comum de todos a (sic) utilizarem os bens da criação inteira: o direito à propriedade privada está subordinado ao direito ao uso comum, subordinado à destinação universal dos bens”.<sup>117</sup>

Para o Pontifício Conselho Justiça e Paz:<sup>118</sup>

[...] a propriedade particular, de fato, quaisquer que sejam as formas concretas das suas instituições e das suas normas jurídicas, é, na sua essência, um instrumento para a realização do princípio da destinação universal dos bens, portanto um meio e não um fim. O direito à propriedade particular, válido e necessário por si mesmo, deve ser circunscrito dentro dos limites de uma substancial função social da propriedade.

Nesse contexto, a propriedade deve ser um modo de realização do indivíduo, devendo ser vista como defesa avançada de sua intimidade.<sup>119</sup>

No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet defende que o direito de propriedade se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa. Para o autor, “a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade”.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*. 12. ed. São Paulo: Paulinas, 2004. p. 9.

<sup>117</sup> JOÃO PAULO II. *Laborem Exercens*. 13. ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 51.

<sup>118</sup> PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Para uma melhor distribuição da terra: o desafio da reforma agrária*. São Paulo: Paulinas, 1998. p. 38-39.

<sup>119</sup> LIBCHABER, Rémy. La propriété, droit fondamental. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.) *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.666.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93.

Nesse sentido, a contribuição de Léon Duguit<sup>121</sup> também foi muito relevante. Reconhecendo os excessos a que o subjetivismo pode levar, o autor defendeu a substituição ou a conversão do conceito de direito subjetivo pelo de função. Para ele, todo direito subjetivo é uma situação jurídica ativa; a obrigação, uma situação jurídica passiva. Assim sendo, a propriedade não tem funcionalidade, é a própria função social. Essa construção antissubjetivista substituiu a ideia de relação jurídica, pautada pelo reconhecimento das individualidades, por uma relação social *tout court*.

Segundo Eros Roberto Grau,<sup>122</sup> não há nenhuma contradição dogmática em reconhecer que o direito subjetivo de propriedade é, concomitantemente, função social, e que seu fundamento é inseparável da consideração de seu uso.

Na verdade e como esclareceu Fernando Augusto Cunha Sá,<sup>123</sup> o direito subjetivo pressupõe a ordem objetiva e seu exercício tem que se subordinar aos valores e princípios vigentes. A função social é o conteúdo de todo direito subjetivo e com ele não se confunde.

Não se trata, é verdade, de reconhecer o direito subjetivo como um poder de vontade ou permissão para o uso da *facultas agendi* além do ordenamento jurídico – ao revés, como realização dos legítimos interesses do sujeito de direito nos termos reconhecidos pela própria ordem jurídica. Não se pode fazer ou deixar de fazer o que se quer e viver segundo o próprio e puro capricho, a ponto de vir a prejudicar outrem. Ainda que não se tenha um conceito definitivo de função social, “o que se pretende é evitar que a propriedade tenha uma utilização que se volte apenas ao egoísmo do proprietário, e prejudique sua destinação econômica e social.”<sup>124</sup>

Jean Dabin<sup>125</sup> acentua que o direito subjetivo, o domínio sobre o bem, deve realizar-se dentro dos limites mais ou menos estreitos do direito objetivo.

Para Ebert Chamoun,<sup>126</sup> que subscreveu o anteprojeto do Código Civil de 2002 na parte referente ao Direito das Coisas, a propriedade deve ser considerada um *munus*, um

<sup>121</sup> DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis de code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920.

<sup>122</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 120-123.

<sup>123</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 304-305.

<sup>124</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34.

<sup>125</sup> DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008. p. 105.

<sup>126</sup> CHAMOUN, Ebert. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 32, n. 134, abr./jun. 1975. p. 1.

poder que se exprime simultaneamente em direito e dever, sendo, pois, imprescindível a coexistência do interesse do proprietário e o interesse social.

Também para Hedemann,<sup>127</sup> evitar a improdutividade da propriedade, quando ela pode e deve ser útil socialmente, constitui alto postulado ético.

Veja-se, nesse sentido, o que prescreve o art. 14 (2) da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949: “a propriedade obriga. Seu uso deve também servir ao bem de todos”.<sup>128</sup>

De modo semelhante, dispõe o art. 42 da Constituição italiana que a propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, a qual prescreve os respectivos modos de aquisição e de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de realizar sua função social e de se tornar acessível a todos.

Observa Pietro Perlingieri<sup>129</sup> que “o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento”.

Segundo Ripert,<sup>130</sup> “qualquer direito subjetivo não é absoluto, pois ele é determinado pela lei ou o contrato desde o seu objeto e limitado desde o seu exercício”.

Já o Conselho Constitucional da França, em decisão de 29 de julho de 1998, estabeleceu conciliação entre o direito à propriedade e o direito a uma moradia, entendendo que, se pertence ao legislador instaurar o objetivo de valor constitucional, que constitui a possibilidade para toda pessoa de dispor de uma moradia decente, e se lhe é legítimo, com esse fim, trazer ao direito de propriedade, as limitações que ele entende necessárias, é na condição de que essas limitações não tenham um caráter de gravidade tal que o sentido e o alcance do direito de propriedade sejam pervertidos.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> HEDEMANN, J. W. *Derechos reales*. Trad. Jose Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Vol. II. p. 154. Original alemão.

<sup>128</sup> Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.  
<sup>129</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* [Il diritto civile nella legalità costituzionale]. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.940.

<sup>130</sup> RIPERT, Georges. *Le declin du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. p. 196: “Aucun droit subjetif n’est absolu puisqu’il est déterminé par la loi ou le contrat dans son objet et limité dans son exercice.”

<sup>131</sup> FRANCE. Conseil Constitutionnel, 29 juillet 1998, 1998-403 DC.

Contemporaneamente, Romain Boffa<sup>132</sup> defendeu a estrutura dualista da função, ao mesmo tempo subjetiva e objetiva. Para o autor, a função exprime um interesse ou objetivo perseguido pelo sujeito de direito (noção subjetiva), cujo exercício não pode extrapolar as condições objetivas e eventualmente fixadas pelo ordenamento jurídico (noção objetiva).

Assim, as teorias dos atos emulativos e do abuso de direito decorrem do desenvolvimento da função social do direito subjetivo.

Os atos emulativos consistem na prática de atos com o propósito deliberado e exclusivo de prejudicar terceiros. Segundo o §2º do art. 1.228 do Código Civil brasileiro, são “atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Por sua vez, quem abusa do seu direito não atua, pelo menos aparentemente, sem direito. Atua dentro do seu direito, mas extrapola manifestamente limites impostos pela ordem jurídica. Conforme hermenêutica do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil,<sup>133</sup> o abuso do direito pode ser compreendido como exercício em contrariedade à natureza teleológica, material e normativamente fundada, do direito subjetivo.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 187, equiparou o abuso de direito a ato ilícito ao dispor que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata-se de conteúdo semelhante ao inscrito no art. 334º do Código Civil português de 1966, segundo o qual “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Daí a ponderação de Fernando Augusto Cunha de Sá, formulada nos seguintes termos:<sup>134</sup>

[...] não é, aliás, qualquer excesso a esses limites que confere ao exercício do respectivo direito caráter abusivo, mas somente o excesso que seja manifesto. Que haverá, no entanto, de entender-se por excesso manifesto? O adjectivo dirá respeito a um grau ou quantidade do excesso, ou, pelo

<sup>132</sup> Cf. BOFFA, Romain. *La destination de la chose*. Paris: Defrénois, 2008.

<sup>133</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>134</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 104.

contrário, como parece mais curial, a uma sua qualidade, isto é, à natural evidência desse mesmo excesso?

No que concerne ao exercício do direito de propriedade, o Código Civil brasileiro, especificamente no art. 1.277, disciplinou o que se denominou de uso anormal da propriedade. A normalidade ou anormalidade decorre do exercício do domínio em conformidade ou desconformidade com o fim para o qual o direito de propriedade é reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico.

O não exercício do domínio também pode configurar uso anormal ou exercício abusivo do direito. O direito de propriedade – assim como o direito de usufruto, uso, habitação, superfície e servidão –, embora tecnicamente não prescreva, pode extinguir-se pelo não uso. Como acentua Fernando Augusto Cunha de Sá,<sup>135</sup> “o conteúdo do direito real e, em geral, de todas as relações jurídicas sobre coisas seria uma utilização, e assim, pois, como são abusivas certas formas anti-económicas ou anti-sociais de exercício dos direitos, assim também a inércia no exercício, a pura passividade ou omissão [...] constituiria um abuso do respectivo titular”.

Segundo Fábio Konder Comparato,<sup>136</sup> a propriedade “é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”.

As considerações que precedem introduzem uma das funções da propriedade – que é a consecução do valor fundamental de moradia. A relação entre propriedade e moradia é da ordem da aquisição de um bem originário e primário do ser humano.

## 2.5 Propriedade e moradia

Na cultura nacional, a moradia tem estrita conexão com o direito de propriedade. Nesse sentido, é bastante difundido o “sonho da casa própria”.

<sup>135</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 221.

<sup>136</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. p. 98.

No imaginário de significativo número de pessoas, sobressaem os financiamentos da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), gerenciado pelo antigo Banco Nacional de Habitação (BNH), conforme Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964. Até a extinção desse sistema, em 1986, tratou-se de importante instrumento de financiamento imobiliário, sendo a moradia compreendida como bem econômico objeto de propriedade financiada.

José Maria Aragão, que estudou profundamente a gênese, o desenvolvimento e a crise do SFH, entende que a “casa própria” é vista pela população como proteção “contra as incertezas econômicas resultantes do desemprego ou da velhice e como instrumento de aquisição de outros bens, pela maior facilidade de acesso ao crédito”.<sup>137</sup>

O direito à moradia foi, e ainda é, compreendido como direito ao acesso à propriedade da habitação, sendo o mercado imobiliário o principal instrumento de acesso à propriedade.

Em substituição ao SFH, a Lei n.º 9.514, de 29 de novembro de 1997, dispôs sobre o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), incentivando a participação do setor privado no financiamento de investimentos imobiliários e aperfeiçoando garantias econômicas, inclusive mediante alienação fiduciária imobiliária. Recentemente, por intermédio da Lei n.º 10.931, de 2 de agosto de 2004, instituiu-se também a figura do patrimônio de afetação como instrumento de maior garantia e segurança na aquisição de imóveis na planta em regime de incorporação imobiliária, regulado pela Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

A incorporação imobiliária apresenta-se, pois, como instrumento de implementação do direito à moradia para as classes economicamente mais estruturadas, permitindo ao Estado melhor direcionar recursos escassos ao atendimento das necessidades de classes com menores condições financeiras:

[...] essa forma de implementação do direito à moradia, [...] além de conveniente aos indivíduos, também traz vantagens ao Poder Público, já que, em tese, não há necessidade de utilização de recursos públicos, salvo na esfera fiscalizatória. Além do que, ganha o Estado ao transferir para pessoas

<sup>137</sup> ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39-40.

capazes uma atividade que não domina, ao menos na mesma intensidade do mercado imobiliário, o que lhe gera custos altíssimos.<sup>138</sup>

Luciano de Souza Godoy defende a eficácia do contrato de mútuo imobiliário como mecanismo de garantia do direito à moradia, qualificando-o de expressão de tutela geral da personalidade.<sup>139</sup> Como mecanismos contemporâneos de captação de recursos privados para o financiamento habitacional, destacam-se também os fundos de investimento imobiliário criados pela Lei n.º 8.668, de 25 de junho de 1993, e regulamentados pela Decisão n.º 206, de 14 de janeiro de 1994, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O Código Civil, em interpretação estreita, fomenta a vinculação da moradia ao direito de propriedade imobiliária, ao destacar a ampliação das modalidades de usucapião e a promessa irrevogável de compra e venda imobiliária como categoria de direito real à aquisição.

Antecedendo à edição dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça, objetivando resguardar a moradia resultante da promessa de compra e venda imobiliária, reconheceu a admissibilidade de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso, ainda que desprovido de registro imobiliário, como se depreende do teor da Súmula 84 daquela Corte, e ainda da Súmula 308: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Nos autos do Recurso Especial n.º 187940/SP, o Min. Ruy Rosado de Aguiar asseverou:

[...] o direito de crédito de quem financiou a construção de unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento de suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.<sup>140</sup>

Para Melhim Namem Chalhub,<sup>141</sup> na relação jurídico-contratual entre incorporador, entidade financiadora e adquirente, este deve ser merecedor de maior proteção

<sup>138</sup> TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. *Da incorporação imobiliária: implementação do direito fundamental à moradia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 75.

<sup>139</sup> GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 187940/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.18.02.1999.

<sup>141</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.

jurídica, porque os dois primeiros atuam com intuito de lucro, e o adquirente age de boa-fé, objetivando resguardar seu direito a morar na casa própria.

Embora reconhecendo reflexos socialmente perversos da maior crise de liquidez do mercado imobiliário norte-americano, circulam na imprensa notícias de *injeção* de crédito público pelo governo brasileiro, ação denominada “pacote habitacional”.<sup>142</sup> Porém, a vinculação da moradia ao direito de propriedade suscita necessárias reflexões.

Primeira: significativa parcela da população não dispõe de recursos suficientes para aquisição derivada, formal e onerosa de espaços de moradia, não dispondo de condições econômicas suficientes de acesso aos mecanismos e instrumentos formais de financiamento, sobressaindo-se, assim, os assentamentos irregulares em autêntico mercado informal.

Segunda: são discutíveis a responsabilidade e a capacidade governamentais de mobilizar recursos para a execução de um programa habitacional em escala compatível com o relevante deficit, qualitativo e quantitativo, de moradias, emergindo ainda discussões sobre o conteúdo político de tais iniciativas.

Para a arquiteta Raquel Rolnik,<sup>143</sup> relatora das Nações Unidas, no Brasil, para o direito à moradia, iniciativas de fomento à construção civil nem sempre abrangem uma política de acesso à moradia, na qual devem ser observados critérios fundamentais de regularização fundiária e também de urbanização.

No dizer de Pietro Perlingieri:

[...] o direito à moradia, como direito ao acesso à propriedade da moradia, é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar a fruição e a utilização da casa. Como direito existencial pode-se satisfazer também prescindindo da propriedade da moradia, incidindo, em maneira decisiva, sobre as relações de uso, de moradia e de aluguel.<sup>144</sup>

As limitações materiais, econômicas e políticas não traduzem ou não definem o direito de moradia. Com efeito, a promoção da necessidade existencial do ser humano de um espaço de livre desenvolvimento e proteção de sua personalidade não se limita a valores e iniciativas patrimoniais ou governamentais.

<sup>142</sup> FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B3, domingo, 8 de março de 2009; FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B3, terça-feira, 10 de março de 2009; FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B4, quarta-feira, 11 de março de 2009.

<sup>143</sup> Cf. FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B6, domingo, 22 de março de 2009.

<sup>144</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* [Il diritto civile nella legalità costituzionale]. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 888.

### CAPÍTULO III DOMICÍLIO

Além da religião, o aspecto econômico também contribuiu para fixação do ser humano no espaço. Na visão do historiador Geoffrey Blainey, a segurança de terras cultiváveis, a abundância de recursos naturais, o clima favorável e o manejo de pequenos rebanhos contribuíram para a primitiva formação de tribos: “as pessoas podiam possuir ovelhas, mas, de certa forma, as ovelhas é que possuíam as pessoas, praticamente fixando-as ao vilarejo”.<sup>145</sup> De fato, não é tanto a terra que pertence ao homem, mas o homem à terra.

A nova forma de ocupação e organização do espaço contribuiu igualmente para a especialização de atividades e formação das cidades:

[...] enquanto todo nômade passava a maior parte do dia na colheita e na caça de alimentos, a nova ordem criava especialistas [...] Talvez 90 de cada 100 pessoas de uma região ainda estivessem voltadas para o cultivo de alimentos, para a caça e para tarefas afins, mas as outras dez assumiam uma grande variedade de profissões. Os novos especialistas moravam em vilarejos, e os maiores desses vilarejos tornaram-se cidades; as cidades teriam sido inviáveis sem o desenvolvimento da lavoura.<sup>146</sup>

A adaptabilidade do ser humano ao ambiente decorreu tanto de sua incrível engenhosidade e criatividade quanto da prodigalidade da natureza. Das margens do Nilo, originou-se a civilização do Egito, do Mediterrâneo, a greco-romana, e certo é que o ser humano necessita estar ancorado não somente ao tempo, mas também ao espaço,<sup>147</sup> buscando um ponto de referência, pois a pessoa precisa ter uma sede para suas atividades. O domicílio e a personalidade mantêm relações estreitas.

Qualquer pessoa deve ter uma sede para suas atividades - o domicílio -, que, para San Tiago Dantas, é a sede da personalidade, é o centro espacial da vida jurídica.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo* [A short history of the world]. Trad. Tibério Júlio Couto Novais. São Paulo: Fundamento Educacional, 2008. p. 33-34.

<sup>146</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo* [A short history of the world]. Trad. Tibério Júlio Couto Novais. São Paulo: Fundamento Educacional, 2008. p. 35.

<sup>147</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: J. POUSSON-PETIT. *L'identité de la personne humaine: étude du droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 529.

<sup>148</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Taquigrafado por Victor Bourhis Jurgens. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 159.

O Direito Romano, a partir da ideia de *domus* (casa), fixou o conceito de domicílio: “*ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summan constituit*”.<sup>149</sup>

Domicílio é o centro das relações e atividades humanas, é também a sua morada. Segundo Caio Mário da Silva Pereira,<sup>150</sup> não se trata de uma noção abstrata, mas de uma realidade.

Para Karl Larenz,<sup>151</sup> o domicílio, juntamente com o nome, é atributo de individualização da pessoa humana e ponto de conexão para as relações jurídicas.

Capelo de Sousa<sup>152</sup> apresenta o domicílio como sinal de identificação humana, já que a moradia, embora esteja sujeita a regime jurídico específico, integra também o conteúdo da identidade.

Para Martine Barre-Pépin,<sup>153</sup> toda pessoa tem um domicílio. Como a nacionalidade e o nome, o domicílio é um modo de individualização e de identificação das pessoas, permitindo o exercício de direitos.

A Lei dos Registros Públicos, Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, em diversos dispositivos, insere o domicílio ou local de residência como elemento básico de identidade da pessoa. Porém, não se poderia dizer que a possibilidade de modificação do endereço afastaria a moradia dessa categoria de direito à identidade pessoal.

De fato, a mutabilidade em nada altera sua natureza de identificação; ao revés, empresta dinamicidade a essa expressão da personalidade.

Como bem assevera Alain Pousson,<sup>154</sup> o domicílio, como local de morada, varia de acordo com as peregrinações da pessoa, e esta pode livremente mudar-se ou desaparecer sem deixar endereço. Tais situações demonstram que os fatores de sua identificação são sensíveis à vontade do sujeito de direito. Na verdade, qualquer pessoa é dotada de

<sup>149</sup> Lugar onde alguém constitui seu lar, bem como a sede de seus negócios e de seus interesses.

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. I. p. 370.

<sup>151</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p.150. Original alemão.

<sup>152</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 250-252.

<sup>153</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009. p.83.

<sup>154</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: PETIT-POUSSON, J. *L'identité de la personne humaine: étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 529.

instrumentos jurídicos que lhe permitem influir sobre cada um dos componentes de seu estado. O laço de filiação pode ser rompido, o nome, modificado no caso de ser grotesco ou dificultar a inserção na sociedade, e a própria nacionalidade, modificada. A mudança não enseja, pois, renúncia à identidade pessoal.

O art. 70 do Código Civil brasileiro dispõe que “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”, disposição semelhante à do art. 82º do Código Civil português: a pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual.

A definição do domicílio pressupõe, então, o elemento material (local de residência) e o elemento subjetivo (intenção de permanecer naquele local).

O art. 102 do Código Civil francês preceitua que “o domicílio de todo francês, quanto ao exercício de seus direitos civis, é o lugar onde a pessoa tem o seu principal estabelecimento”,<sup>155</sup> ausente, pois, o elemento psicológico (intenção).

No ordenamento jurídico nacional, para converter a residência (abrigo estável e certo) em domicílio, necessário introduzir-lhe o elemento psíquico: intenção de permanecer naquele local.

Domicílio é o espaço da subjetividade, é o local de encontro do eu consigo e com o outro. A morada é pensada, construída, vivenciada e protegida como refúgio físico e psicológico. O que é denominado de lar é o espaço da afetividade, do preenchimento da alma:

[...] Precisamos de um lar no sentido psicológico tanto quanto no físico: para compensar uma vulnerabilidade. Precisamos de um refúgio para proteger nossos estados mentais, porque o mundo em grande parte se opõe às nossas convicções. Precisamos que nossos quartos nos alinhem com versões desejáveis de nós mesmos e mantenham vivos os nossos aspectos importantes e evanescentes.<sup>156</sup>

A casa envolve tudo o que ser humano possui e vivencia, seus pertences e seus sonhos, sua historicidade e o imaginário do porvir. É sob o resguardo da morada que se desenvolve parte da vida.

<sup>155</sup> Art. 102: Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

<sup>156</sup> DE BOTTON, Alain. *A Arquitetura da felicidade*. [The architecture of happiness]. Trad. Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 107.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece a pluralidade de espaços dessa afetividade, domicílios em dois ou mais lugares, assim como admite domicílios profissional, necessário e especial. Percebe-se que a preocupação com a definição legal do domicílio é muito mais procedimental, não se vinculando diretamente à necessidade existencial do ser humano de um espaço de dignidade:

[...] o domicílio importa, então, em traduzir o elemento de fixação espacial do indivíduo, o fator de sua localização para efeito das relações jurídicas, a indicação de um lugar onde o indivíduo está, deve estar ou presume-se que esteja, dispensando aos que tenham interesse em encontrá-lo o esforço e a incerteza de andarem à sua procura por caminhos instáveis.<sup>157</sup>

A fixação do domicílio ocorre não meramente no interesse da pessoa, do seu titular, mas também no interesse de terceiros. O domicílio fixa o lugar da realização dos interesses patrimoniais da pessoa, determina a regra do foro competente para o exercício de pretensões judiciais e define o local de execução das obrigações ou da abertura da sucessão *causa mortis*. É também um dos critérios determinantes das regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família, nos termos do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O domicílio da pessoa natural, que não tem residência habitual, é o lugar onde for encontrada, decorrendo daí a situação anômala em que a pessoa não tem moradia, mas tem domicílio, como critério legal de sua localização no espaço. O domicílio é visto mais como dever de ser encontrado do que como direito a um espaço de respeito à sua dignidade. O domicílio não é a casa em si, é o local em que a pessoa pode ser encontrada, o que, para Zeno Veloso,<sup>158</sup> não é exatamente o domicílio da pessoa, mas é o lugar que vale como seu domicílio.

Se o primeiro abrigo do ser humano foi o ventre materno, domicílio de origem da pessoa é o local que se prende ao nascimento, ou seja, o domicílio dos pais ou dos representantes legais. A partir do nascimento, ainda que não haja efetivamente um espaço ou

<sup>157</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. I. p. 373.

<sup>158</sup> VELOSO, Zeno. O domicílio: no direito brasileiro, no português e no projeto de código civil do Brasil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jul./set., 1986. p.21.

um abrigo, juridicamente há um domicílio. Se a pessoa não tiver um lugar, não habita; entretanto, continua domiciliada.<sup>159</sup>

Domicílio é o “lugar no qual, juridicamente e para diversos efeitos, é suposto encontrar-se determinada pessoa”.<sup>160</sup>

A noção de domicílio eleitoral é muito mais ampla que aquela inscrita no Código Civil – ele é dissociado da moradia ou habitação, sendo desnecessário ainda o elemento subjetivo. A jurisprudência vem admitindo como tal qualquer lugar em que o cidadão tenha algum vínculo: familiar, econômico, social, político ou mesmo patrimonial.<sup>161</sup> Assim, se o indivíduo, embora não tenha morada ou casa em determinado município, mas ali estabeleça algum vínculo, esse local pode ser considerado seu domicílio eleitoral.

No âmbito do processo penal, para fins da concessão da liberdade provisória, a par de outros requisitos, exige-se a prova da denominada “residência fixa”.<sup>162</sup> Vincula-se o bem essencial da liberdade à prova do domicílio. Trata-se de questão tormentosa, quando envolve moradores de rua, pessoas que, pela lógica da necessidade, deslocam-se no espaço buscando subsistir às mais diversas e precárias formas de abrigo. Poder-se-ia restringir sua liberdade em virtude da ausência da comprovação de “residência fixa”? Não seria a rua o centro de sua vida e também das suas frágeis relações sociais? A moradia é uma imposição legal e procedimental ou um direito? À noção de domicílio se vincularia o direito à moradia? Moradia se definiria simplesmente como dever de pertencimento ou de localização em determinado lugar? Pode-se falar em relação entre a pessoa e um lugar?

O direito à moradia não se limita pelo elemento psicológico de permanecer em determinado espaço. Vai além das fronteiras materiais, espaciais ou anímicas. Assim como a propriedade e a posse, por si só, não definem o direito à moradia, igualmente o domicílio não determina seu conteúdo, embora possa fixar alguns dos seus contornos.

<sup>159</sup> ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 162.

<sup>160</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, Livro I, Tomo III. p. 355.

<sup>161</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resp. 23721/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.11.2004; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resp. 23721/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02.10.2004; AAG 4788/MG. Rel. Min. Luiz Carlos AAG 4769/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02.10.2004; AAG 4788/MG. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, j. 24.08.2004.

<sup>162</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95077/RJ. Rel. Min. Eros Grau, j. 19.08.2008; HC 60565/SP. Rel. Min. Moreira Alves, j. 22.04.1983; Superior Tribunal de Justiça. RHC 8373/RJ. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.05.1999; HC 108677/GO. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.11.2008.

O ordenamento jurídico define domicílio para pessoas ainda que desprovidas de um espaço de respeito e dignidade.<sup>163</sup> A definição é legal. O domicílio é o lugar onde a pessoa pode estar com ânimo de aí permanecer. O sentido de moradia é o lugar onde a pessoa encontra abrigo.

Ainda que o ser humano não esteja preso a lugar algum, é preciso, no dizer de Gaston Bachelard,<sup>164</sup> estar abrigado em toda parte.

---

<sup>163</sup> Art. 94, § 2º, do Código de Processo Civil: Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.

<sup>164</sup> BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 10. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2009. p. 69.

## **TÍTULO II**

### **ENTENDIMENTOS NACIONAL E INTERNACIONAL DO DIREITO À MORADIA**

A doutrina e os julgados abordam de diversas formas o direito à moradia, persistindo ainda a conhecida dicotomia entre direito público e direito privado.

No plano internacional, particularmente no Direito francês, há relevantes entendimentos, a despeito dos tratados, que aprimoram a concepção existencial de um espaço digno de morada.

## CAPÍTULO I

### DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL OU DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Para os constitucionalistas, o direito à moradia enquadra-se tanto na categoria de direito humano quanto na de direito fundamental social.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>165</sup>

[...] o termo “direitos fundamentais” aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje, já se reconhecendo a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.

Há, de fato, toda sorte de dificuldades para a emissão de conceitos precisos de direitos fundamentais e de direitos humanos, sobretudo em face da perspectiva dos direitos da personalidade. E, como bem acentuado por Manuel Cândido Rodrigues,<sup>166</sup> os direitos fundamentais não se restringem aos positivados na Constituição, não se podendo confundir constitucionalização com fundamentalização.

Segundo Carnelutti,<sup>167</sup> moradia é direito fundamental:

A palavra economia, original do grego, expressa até literalmente essa idéia, uma vez que oikos quer dizer casa, e a casa é um interesse fundamental do homem, e até da sociedade, porque fornece o ambiente no qual a família, que é a célula da sociedade, pode realizar o milagre não apenas da propagação da espécie mas também da formação do indivíduo.

No Brasil, o direito à moradia ganhou destaque com a Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, que deu nova redação ao art. 6º da Constituição da República, atribuindo a esse direito uma dimensão expressa de valor fundamental social.<sup>168</sup>

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, n. 2, jul./ set. 2003. p. 66-67.

<sup>166</sup> RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo código civil e os direitos fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, 2003. p. 199.

<sup>167</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito* [Como nasce il Diritto]. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 13.

<sup>168</sup> Cf. RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. 2006. 235f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

Aponta José Afonso da Silva que “o direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesma do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ‘promover programas de construção e moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento’”.<sup>169</sup>

Para José Rubens Costa:<sup>170</sup>

[...] todos devem ter direito à propriedade mínima para habitação e exploração. O mínimo à subsistência é direito do cidadão e deve ser assegurado pelo Estado. Utopia? Talvez. Mas até quando persistirão as condições de miséria humana, a espoliação, os conflitos sociais em detrimento da paz social e da realização de um mundo justo? Há que se continuar tentando buscar a solução dos conflitos pela justiça distributiva.

Com efeito, a tutela constitucional do valor moradia, além do art. 23, IX, estava expressa no art. 7º, IV – que definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades essenciais do trabalhador e sua família –, nos artigos 5º, XXIII, 170, III, e 182, § 2º – sobre a vinculação social da propriedade – e, ainda, nos artigos 183 e 191 –, ambos reconhecendo a declaração de propriedade para fins de moradia nas hipóteses constitucionais de usucapião.

Na visão constitucional, o direito à moradia configura direito fundamental de segunda geração ou dimensão, de conteúdo mínimo, objeto de implementação gradativa mediante a realização de políticas públicas. Dispõe o art. 246 da Constituição do Estado de Minas Gerais:

O Poder Público adotará instrumentos para efetivar o direito de todos à moradia, em condições dignas, mediante políticas habitacionais que considerem as peculiaridades regionais e garantam a participação da sociedade civil. E, no parágrafo único: o direito à moradia compreende o acesso aos equipamentos urbanos.

O direito à moradia teria, nessa medida, natureza de norma social constitucional programática.

No entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho, “através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 314.  
<sup>170</sup> COSTA, José Rubens. *Este obscuro objeto do direito: a propriedade*. 1984. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984, 3. vol. p. 584.

sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização”.<sup>171</sup>

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>172</sup>

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Nessa perspectiva, o caráter fundamental do direito à moradia decorre da sua essencialidade, do seu valor existencial.

Trata-se, no dizer de alguns estudiosos,<sup>173</sup> do mínimo existencial, do núcleo essencial de direitos imprescindíveis para uma vida com dignidade. Segundo Diogo Leite de Campos,<sup>174</sup> é o direito ao médio da existência.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não tem conteúdo específico. “Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial”.<sup>175</sup> Para o autor, o direito à moradia somente seria dotado dessa jusfundamentalidade no que concerne aos indigentes e às pessoas sem-teto. A teoria do mínimo existencial decorre do conteúdo essencial emprestado a alguns direitos. “O conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais)”.<sup>176</sup>

Luiz Edson Fachin intitula de patrimônio mínimo esse conteúdo de necessidades básicas ou essenciais da pessoa humana: “obter a guarida do patrimônio mínimo em favor dos

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474-475.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, n. 2, jul./ set. 2003. p. 82.

<sup>173</sup> Cf. GAUDU, François. Les droits sociaux. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.) *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.743-758.

<sup>174</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p.107.

<sup>175</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13.

<sup>176</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85.

valores fundamentais da pessoa é uma maneira de instituir um novo lugar jurídico, espaço de luta constante entre interesses e pretensões”.<sup>177</sup>

Para Rômulo Russo Júnior:

[...] o direito social à moradia, além de representar elevada conquista humana e subsídio elementar à dignidade do ser, é direito constitucional, social, autônomo, indivisível, humano, público e subjetivo. Tem estatua e objeto próprios, pois, podendo ser designado, por meio de seu caráter de direito ligado à existência do ser humano, como um direito a um adequado padrão mínimo de vida.<sup>178</sup>

Embora indisponível o círculo de condições mínimas de existência,<sup>179</sup> a efetivação desse mínimo existencial é condicionada pelas limitações do poder público, limitações essas de ordem material, que o Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) cunhou originariamente de “reserva do possível”.

Para alguns, o fato de o texto constitucional intitular a moradia como expressão de direito social, por si só, não obrigaria o Estado a satisfazer pretensão individual de ter uma casa. A efetividade dessa pretensão seria condicionada por vários fatores, sobretudo pela reserva de orçamento. Ricardo Lobo Torres adverte que “subordinada à chamada reserva do possível, a implementação dos direitos sociais depende da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”.<sup>180</sup> A efetivação dos direitos sociais seria inteiramente dependente da capacidade estatal. A dignidade material do ser humano ou o direito às condições materiais mínimas para uma existência digna seria mera retórica programática do texto constitucional.

Contudo, o Poder Judiciário, em algumas situações, tem entendido que, pela natureza e essencialidade desse bem, sua proteção não ser postergada. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça considerou que é possível o bloqueio de verbas públicas para garantia do fornecimento de medicamentos pelo Estado.<sup>181</sup> O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo poder

<sup>177</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

<sup>178</sup> RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. 2006. 235 f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 48.

<sup>179</sup> Essa indisponibilidade é defendida por CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 300.

<sup>180</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 106.

<sup>181</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 878441/RS. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.04.2007.

público com o fim de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.<sup>182</sup> Em decisão monocrática,<sup>183</sup> a Ministra Cármen Lúcia assentou que qualquer das entidades que exercem funções estatais não pode eximir-se da prestação do mínimo existencial.

Entre todas essas, sobressai a sempre citada decisão monocrática do Min. Celso de Mello, na ADPF 45, j. 29.04.04, transcrita no *Informativo do Supremo Tribunal Federal* n. 345, no qual o Ministro assim reconhece:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

De toda sorte, compreendendo a moradia como expressão de direito social ou como objeto de direito fundamental social (na concepção de mínimo existencial), sua efetividade progressiva decorre da sempre limitada capacidade prestacional do poder público ou da necessária adjudicação pelo Poder Judiciário.

É preciso vencer essas limitações ou restrições. A ausência ou insuficiência de recursos estatais não pode ser causa da não efetividade do direito à moradia, que, pela sua essencialidade e pelo seu caráter existencial, vai muito além de uma concepção de direito fundamental social.

O direito à moradia poderia ser mera concessão do poder público, vinculando-se restritivamente aos hipossuficientes econômicos?

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 410715/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 564035/SP. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.04.2007.

Para alguns, a eficácia horizontal do direito fundamental social à moradia seria menos imune a tais limitações de natureza econômica.

Para José Joaquim Gomes Canotilho,<sup>184</sup> com relação ao núcleo essencial de direitos sociais ligados à proteção da dignidade humana, dúvida não há da sua eficácia horizontal.

Não é nova a tese que reconhece a incidência e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Como acentua Claus-Wilhelm Canaris,<sup>185</sup> o direito privado está, de todo em todo, vinculado aos direitos fundamentais. É imperativo da lógica normativa que a legislação infraconstitucional esteja vinculada aos direitos fundamentais constitucionais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*.

Conforme Daniel Sarmento,<sup>186</sup> é inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. O que se discute, porém, é a forma e a intensidade dessa incidência.

O Supremo Tribunal Federal, em 11 de outubro de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 201819/RJ, reconheceu a eficácia horizontal do direito fundamental do devido processo legal em questão envolvendo exclusão de associado de entidade privada. As violações de direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas, igualmente, nas relações entre particulares, daí a incidência de tais direitos nas relações, protegendo os particulares em face dos poderes privados.

No âmbito do direito europeu, Alain Pousson<sup>187</sup> defende que, mesmo diante da difusão do efeito horizontal da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Estado não pode abster-se de intervir sob pretexto de que não seria parte interessada. De outro lado e considerando que a moradia é objeto de direito, toda pessoa pode prevalecer-se desse direito

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 483-484.

<sup>185</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 27-28. Original alemão.

<sup>186</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. xxvii.

<sup>187</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In: J. POUSSON-PETIT. *L'identité de la personne humaine: étude du droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 540.

subjetivo em relação a um particular e exigir dele que uma morada lhe seja atribuída ou mantida à sua disposição?

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais não pode obrigar o particular a uma determinada prestação comissiva independentemente da mediação legislativa e de relação jurídica entre as partes. Não se pode exigir a satisfação positiva do direito à moradia pelo poder privado. O responsável primário por essas realizações é o próprio poder público:

[...] ainda que se reconheça quão árduo é identificar o direito concreto de morar, é juridicamente possível dizer-se que o positivismo constitucional garante o direito fundamental e social à moradia, o qual, em sua essência, importa no direito do homem a ter um teto, ou não ficar sem um teto, o que, sem ressalva normativa contrária, demonstra que esse direito social tem o comando direcionado a todos os Poderes da República, mas com a especial direção ao Poder Executivo, a quem cabe desenvolver a política pública concernente ao alcance real da moradia, em especial a moradia popular, elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana.<sup>188</sup>

Conclui Daniel Sarmiento<sup>189</sup> que, “para extrair algum direito subjetivo privado de um direito social prestacional, é preciso proceder com redobrada cautela, já que cabe em princípio ao Poder Público, e não aos particulares, arcar com os ônus decorrentes da garantia destes direitos [...]”.

Em verdade, o direito à moradia transcende a ideia de prestação estatal ou particular e também não se restringe a uma função de defesa. A perspectiva de direito fundamental social ou de mínimo existencial pode não reproduzir, na integralidade, a natureza jurídica desse direito subjetivo. O destinatário de um espaço essencialmente digno é a pessoa humana em si, independentemente de contraponto com o poder público ou com poderes privados – daí a tese do direito especial ou autônomo de personalidade à moradia.

<sup>188</sup> RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. 2006. 235 f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 47.

<sup>189</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 330.

## CAPÍTULO II

### DIREITO À MORADIA: PERSPECTIVA CLÁSSICA DO DIREITO PRIVADO

Em clássica perspectiva do direito privado, o direito à moradia é visualizado como manifestação de domínio, carregado de patrimonialidade, quando não vinculado diretamente ao direito de propriedade ou ao contrato de locação.

Já se disse que não há que se falar em direito à moradia. “A noção de direito à moradia seria um uso impróprio, porque a única noção de direito cabível seria a do direito individual de aquisição de um bem imóvel, segundo os termos de respeito aos contratos e de exercício da liberdade de escolha”.<sup>190</sup>

Assim, o direito à moradia, além da propriedade, posse e domicílio, seria compreendido pelos institutos do usufruto, direito real de habitação e de superfície e também pelo contrato de locação imobiliária. Porém, a maior aproximação com a defendida natureza de direito autônomo de personalidade decorre do tratamento da moradia como expressão do relevante instituto do bem de família.

#### 2.1 Usufruto e direito real de habitação

Por disposição do art. 713 do Código Civil de 1916, o usufruto constitui “direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”. Trata-se de direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*) a partir do desdobramento legal ou voluntário do domínio. O proprietário mantém a titularidade (substância) da coisa, móvel ou imóvel, mas fica temporariamente desprovido do poder-dever de usar e fruir dela, cabendo tais prerrogativas ao usufrutuário.

Apropriadamente determina o Código Civil português, no art. 1439º, que o usufruto é o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância.

---

<sup>190</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 150-151.

Para Lafayette Rodrigues Pereira,<sup>191</sup> o usufruto pressupõe duas ordens de direitos sobre a mesma coisa: os direitos do proprietário e os direitos daquele em favor de quem é ele instituído, o usufrutuário.

Darcy Bessone,<sup>192</sup> acentua que, em regra, o usufruto tem finalidade alimentar, sendo ordinariamente instituído para proporcionar meios de subsistência ao próprio usufrutuário, entre os quais se destaca também a moradia.

Segundo Gustavo Tepedino,<sup>193</sup> “a origem do usufruto encontra-se, pois, no direito sucessório e no direito de família, apresentando-se como um meio de garantir a subsistência pela utilização e fruição de certo bem, sem a necessidade de se transferi-lo à propriedade do beneficiário”.

Há também a instituição negocial e gratuita do usufruto de bem imóvel, em que o titular da propriedade aliena a coisa, reservando para si o usufruto para atendimento da finalidade específica de moradia. Na doação, o usufruto da coisa (particularmente imóvel) doada impede a autorredução do doador à miséria, garantindo-lhe o mínimo essencial à sua subsistência, emprestando eficácia ao disposto no art. 548 do Código Civil, que veda a doação universal.

O Código de 1916, no art. 1.611, § 1º, previa também a figura do usufruto viual, segundo o qual o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cujos*. Configurado, então, como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça,<sup>194</sup> instituto de direito sucessório, independentemente da situação econômica do cônjuge sobrevivente, não se restringindo à sucessão legítima, alcançando também a sucessão testamentária. Contrariamente, se o regime de bens do casamento fosse o da comunhão universal, pelo art. 1.611, § 3º, do mesmo Código, concedia-se ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel que serviu de residência familiar, enquanto durasse a viuvez, desde que tal imóvel fosse o único de natureza residencial no acervo hereditário.

<sup>191</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 255.

<sup>192</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 288.

<sup>193</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 17.

<sup>194</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 648072/RJ. Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2007.

O Código Civil de 2002, porém, alçando o cônjuge à condição de herdeiro necessário, extinguiu a figura do usufruto legal conferido ao cônjuge supérstite e manteve, com pequenas alterações, a figura do direito real de habitação, uma forma de exercício do domínio sobre bem imóvel, consubstanciado no uso gratuito de casa alheia para fim exclusivo de moradia, por tempo determinado.

Eduardo Espínola<sup>195</sup> afirma que “os códigos modernos consideram o direito de habitação com o mesmo critério da época romana clássica, *aedium usus*; constituindo uma modalidade do uso, limitada à residência do titular e de sua família”. O Livro do Direito das Coisas do Código Civil de 2002, particularmente o art. 1.414, dispôs que “quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”. Especificamente o art. 1.831 preceitua que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Trata-se, como se vê, de relevante mecanismo de proteção da moradia ao cônjuge sobrevivente até mesmo contra a pretensão desmedida dos demais herdeiros de se apropriarem da herança, inclusive desabrigando os próprios pais.

A norma inscrita no art. 1.831 tem manifesto propósito existencial, buscando resguardar a moradia do cônjuge supérstite, mesmo que outros herdeiros passem a ter a propriedade, integral ou parcial, do imóvel de residência da família, mesmo porque, se o cônjuge sobrevivente herdasse a integralidade desse imóvel, não haveria por que falar em necessária constituição de direito real de habitação, para atendimento da finalidade anunciada.<sup>196</sup>

Aos companheiros também cabe – por direito próprio, e não decorrente do testamento – o direito de habitação do imóvel de residência da entidade familiar.<sup>197</sup>

<sup>195</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958. p. 286.

<sup>196</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 826838/RJ. Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006.

<sup>197</sup> Art. 7º da Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996.

## 2.2 Usufruto indígena

As populações indígenas veem a terra como base de todos os seus valores e o fundamento de realização de sua identidade.

A Constituição da República de 1988, art. 231, disciplina a ocupação e a fruição das terras indígenas, merecendo destaque o conteúdo do § 2º, ao atribuir às etnias indígenas o usufruto das terras tradicionalmente ocupadas, resguardando-lhes o direito à moradia.

A questão ganhou popularidade nacional com a ampla divulgação do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>198</sup> de pedido formulado em ação popular (Pet 3388/RR), no qual se impugnava o modelo de demarcação contínua de terra indígena de superfície aproximada de 1.743.089 hectares (14.474 Km<sup>2</sup>), conhecida como Serra Raposa do Sol, situada no Estado de Roraima. A área, ocupada há mais de 150 anos por aproximadamente 19 mil índios das etnias Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patanoma e Wapixana, vinha sendo também objeto de posse por não índios (particularmente produtores de arroz), que impugnaram a demarcação contínua de extensa área em favor dos índios, mediante decreto homologatório do Presidente da República, de 15 de abril de 2005. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito dos índios ao usufruto da área contínua demarcada como Raposa Serra do Sol.<sup>199</sup>

Do voto do Relator, extrai-se:

[as] áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, [...], mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

E do voto do Ministro Celso de Melo:

[...] o índio, sem a garantia de permanência nas terras por ele tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução dos vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 539*, Brasília, 16 a 20 de março de 2009.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 539*, Brasília, 16 a 20 de março de 2009.

locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra neles os mistérios insondáveis do universo em que vive.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, para os índios, a terra tem valor de sobrevivência física e cultural.

### 2.3 Direito real de superfície

O direito real de superfície afasta o princípio da acessão, consubstanciado na máxima romana segundo a qual *superficies solo cedit*. Dispõe o art. 1.253 do Código Civil: “Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário”. O direito de superfície ajusta-se a essa exceção.

No Direito Romano arcaico assegurava-se o direito de edificar (*superficies*) em terreno público ou em terreno particular alheio, mediante o pagamento de certa quantia anual (*solarium*) ao proprietário do solo. Originariamente, a concessão de superfície tinha, pois, natureza de direito pessoal, mas sua eficácia real era decorrência da ação dos pretores.

Sobre a evolução do Direito Romano, escreveu Frederico Henrique Viegas de Lima:<sup>200</sup>

[...] o direito de superfície começa a deixar sua característica de direito pessoal, passando a ter uma proteção real, sendo obra iniciada no direito pretoriano. O pretor, dada a importância do arrendamento que vinha sendo realizado através da *locatio* e em virtude de sua longa duração, introduz a favor do superficiário um *interdictum* especial, o *interdictum de superficiebus*.

Infere-se daí que o direito de superfície não é instituto de elaboração recente, remontando suas origens ao Direito Romano.

O direito de superfície seria, para alguns autores, expressão de domínio compartilhado, no qual, de um lado, subsistiria o domínio direto do proprietário do solo e, de outro, o domínio útil do superficiário. Tal instrumento encontra previsão em diversos ordenamentos: Código Civil italiano de 1942 (arts. 952 a 956) e Código Civil português de

<sup>200</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23-24.

1966 (arts. 1.524 a 1.542), sendo o Código Civil francês silente a respeito do direito de superfície, admitindo, porém, no art. 553, exceção ao princípio da acessão (*superficies solo cedit*) e fixando como relativa a presunção de domínio do proprietário do solo sobre as construções e plantações. No Direito inglês, há as figuras da locação imobiliária e os *building-leases*, que permitem ao proprietário do solo dispor, por longo prazo, da exploração da superfície.

No Brasil, o instituto, inicialmente disciplinado pela Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) como instrumento de planificação urbana, encontra-se regulamentado no Código Civil de 2002 por proposta do romanista Ebert Chamoun, responsável pela sistematização da matéria concernente ao Direito das Coisas. No enunciado 93, aprovado pela *I Jornada de Direito Civil*, “as normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”. Pelo art. 1.225, II, do Código Civil, trata-se de direito real, de configuração jurídica distinta e autônoma do direito de propriedade, como forma de manifestação do domínio, poder de sujeição sobre uma coisa imóvel urbana ou rural. É, igualmente, instituto jurídico de manifesta e elevada funcionalidade social, proporcionando adequada destinação socioeconômica ao bem material.

Segundo o art. 1.369 do Código Civil, “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. Cuida-se de manifesta dissociação entre a propriedade do solo e a da superfície. Logo, o direito sobre a superfície, sobre as acessões, é distinto do direito sobre o solo ou terreno. Não corresponde, pois, a uma co-propriedade. É direito real alienável, transmissível *inter vivos* ou *mortis causa*, podendo o titular da superfície transferi-lo a qualquer pessoa, observando-se o direito de preferência do proprietário do solo. Inadmissível, no entanto, a concessão de subsuperfície ou direito de superfície em segundo grau, por absoluta falta de previsão legal, devendo o superficiário explorar o imóvel ou transferir seu direito a terceiro, não se admitindo desdobramentos desse direito real, sendo o direito de preferência ou preempção assegurado tanto ao superficiário quanto ao proprietário em casos de transmissão de direitos (art. 1.373 do Código Civil).

Para Caio Mário da Silva Pereira,<sup>201</sup> não é razoável a preferência dada ao superficiário no caso de alienação do imóvel:

A uma, porque cria uma restrição ao direito de propriedade, impondo-lhe notória depreciação. A duas, porque se inverte a situação, instituindo um poder maior ao que, por natureza, é acessório. E a três, porque o imóvel pode ter maior extensão do que a área ou parte que é objeto da superfície, criando-se um impasse, a saber, se o proprietário alienante é obrigado a dar preempção apenas da parte superficiária, no caso de venda de todo o imóvel, ou se será compelido a desmembrá-lo, para assegurar ao superficiário preferência apenas para compra desta, liberando o restante.

A afirmativa conduz à reflexão.

O direito real de superfície é autônomo, e a preempção em nada desvaloriza a coisa, uma vez que eventual adquirente tem o dever de respeitar a natureza real da concessão. O direito de preferência não foi restringido pela lei, cabendo ao superficiário manifestar seu interesse sobre a totalidade do imóvel objeto da alienação pelo proprietário. E ainda, no pensamento do autor, a preferência pode ser objeto de transação ou renúncia. Ademais, o superficiário também pode gravar seu direito, a exemplo da hipoteca ou de outro direito real imobiliário. O enunciado 249, aprovado pela *III Jornada de Direito Civil*, reconheceu que a propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície.

Vê-se, pois, que cabe às partes – proprietário e superficiário – regulamentar a concessão do direito de superfície. Enfim, o direito real de superfície nasce do acordo de vontades entre as partes e da inscrição de seu instrumento público no registro imobiliário, competindo ao concessionário explorar adequadamente a superfície, e, ao proprietário do solo, garantir tal fruição, desde que se abstenha de obras ou serviços que prejudiquem o superficiário, que responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, o que não afasta eventual disposição contratual em contrário (art. 1.371 do Código Civil).<sup>202</sup>

Pelo enunciado 321, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, “os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares

<sup>201</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. IV. p. 245.

<sup>202</sup> Enunciado 94, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: “as partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície”.

exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”.

O Estatuto da Cidade admite a constituição do direito real de superfície por prazo indeterminado (direito de superfície urbanístico), possibilitando a concessão de superfície gratuita ou onerosa sob condição resolutiva.

Se onerosa, pode o valor ser pago de uma só vez ou de forma parcelada, admitindo-se outra forma de contraprestação, como a fruição ou disposição de parte da edificação superficiária pelo proprietário-concedente.

Como concessão gratuita, sua instituição dar-se-á por doação ou legado, podendo o direito de superfície ser instituído por testamento, deixando a superfície ao legatário, e a propriedade do solo a outro legatário ou à universalidade de herdeiros.

Ao superficiário, por ser titular de um direito real, cabe a defesa do seu domínio mediante ações possessórias, embargos de terceiro, nunciação de obra nova e de dano infecto. Marise Pessoa Cavalcanti<sup>203</sup> ainda lhe atribui a legitimidade das ações petitórias. Entretanto, o superficiário não é titular do direito de propriedade, e sim de um domínio útil resolúvel.

Ordinariamente, o direito real de superfície extinguir-se-á pelo transcurso do prazo da concessão, quando por tempo determinado; ou pelo advento de condição resolutiva, quando instituído por prazo indeterminado. Em ambas as situações, o domínio da superfície retorna ao proprietário do solo (fenômeno da reversão).

Em razão da natureza consensual, o direito de superfície também será extinto por mútuo dissenso ou descumprimento de alguma obrigação acordada. Nessa hipótese, sobressai a possibilidade de não conclusão da acessão, pelo superficiário, no prazo estipulado.

Nos termos do art. 1.374 do Código Civil, resolver-se-á a concessão, antes do termo final, se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

A relação superficiária também pode ser extinta pela renúncia e pelo abandono do superficiário.

---

<sup>203</sup> CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

A desapropriação configura causa extraordinária de extinção do direito. Segundo o art. 1.376, no caso de extinção por desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um. O problema é fixar esse *quantum* de forma proporcional.

Para Frederico Henrique Viegas de Lima:<sup>204</sup>

[...] diferentes fatores são determinantes para a distribuição do valor entre o superficiário e o proprietário do solo. Dois deles são: a existência ou não de pacto destinado à indenização que deva ser paga pelo *dominus soli* ao superficiário pelo construído e a forma de pagamento do *cânon* superficiário, ou pelo pagamento do valor de uma única vez no início da concessão ou o pagamento mediante prestações periódicas, anual e reajustável.

Conforme enunciado 322, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, “o momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório, constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário”.

Como efeito ordinário da extinção da superfície e segundo o art. 1.375 do Código Civil, o proprietário do solo adquire a propriedade das acessões sem nenhuma indenização. Trata-se de norma dispositiva, cujos efeitos podem ser excepcionados por vontade das partes.

Resolvido o direito real de superfície pelo advento do termo ou condição resolutiva, entendem-se também resolvidos os direitos reais constituídos na sua pendência, em conformidade com a regra do art. 1.359 do Código Civil.

Extingue-se também o direito real de superfície pela confusão (a propriedade do solo e da superfície concentram-se no mesmo titular), bem como pelo perecimento do objeto.

O direito de superfície, como manifestação de *ius in re aliena* (direito sobre coisa alheia), está na mesma classe dos direitos reais de servidão, uso, usufruto, habitação e enfiteuse.

<sup>204</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 367.

## 2. 4 Bem de família

De todos os institutos do ordenamento jurídico pátrio, o que mais se destaca na proteção e garantia do valor existencial da moradia é, sem dúvida, o bem de família. Para alguns, sua origem remontaria à Cidade Antiga – que atribuía a casa o atributo de templo sagrado – ou ainda ao Código de Hamurabi – que, no art. 36, estipulava que “o campo, o horto e a casa de um oficial, gregário ou vassalo, não podem ser vendidos”, verdadeiro reconhecimento do caráter de inalienabilidade da casa em que viviam pessoas de determinada classe social.

Para outros,<sup>205</sup> o bem de família tem origem na República do Texas, antes de sua incorporação aos EUA, por uma lei de 1839 (*Homestead exemption act*).

Álvaro Villaça Azevedo assegura que “o bem de família nasceu, com tratamento jurídico específico, na República do Texas, sendo certo que, no Direito Americano, desponta ele como sendo uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta”.<sup>206</sup>

O *homestead*, que significa local do lar (*home* = lar + *stead* = local), foi criado como instrumento para proteger a habitação ou o terreno rural destinado a prover o sustento da família, tornando-os impenhoráveis.<sup>207</sup> Reconhecia-se a proteção ao colono que, com a família, explorava gleba de terra, extraíndo dela sua subsistência. Segundo os americanos, o *homestead* não tem dívidas. A instituição do bem de família configura exceção ao moderno princípio, previsto no art. 391 do Código Civil e no art. 591 do Código de Processo Civil, segundo o qual o patrimônio do devedor responde por suas dívidas.

O bem de família constitui um patrimônio com destinação específica de moradia:

[...] o bem de família é um patrimônio especial, que se institui por um ato jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com o

<sup>205</sup> Cf. HALPÉRIN, Jean- Louis. *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica, 2008. p. 270-271.

<sup>206</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.24.

<sup>207</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social.<sup>208</sup>

Com efeito, ao sujeito de direito são atribuídas diversas massas patrimoniais: o patrimônio ordinário entendido como conjunto de bens e direitos suscetíveis de avaliação econômica e o patrimônio separado ou especial, afetado à finalidade extrapatrimonial de garantir a subsistência digna de seu titular, perspectiva em que se destaca o bem de família, descolado do patrimônio ordinário do seu titular e dotado de função existencial da entidade familiar.

No que concerne ao patrimônio separado, destacam-se o *asilo ou abrigo de família*, do Código Civil suíço (arts. 349-359), o *bien de famille* dos franceses (Lei de 12 de julho de 1909) e o *fondo patrimoniale*, do Código Civil italiano (arts. 167 a 171), que substituiu o *patrimonio familiare*.

O Projeto de Código Civil de Clovis Bevilacqua não acolheu o bem de família, igualmente a Comissão de Jurisconsultos nomeada pelo Governo e a Câmara de Deputados, em que pese proposta da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais favorável aos artigos 2.079 a 2.090 do Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, que previa a *Constituição do lar da família*.<sup>209</sup> Somente, no Senado e mediante emendas dos senadores Feliciano Penna e Fernando Mendes de Almeida, instituiu-se o bem de família convencional ou voluntário, nos artigos 70 a 73 do Código Civil, objetivando garantir a moradia à entidade familiar e atribuindo ao imóvel de residência a impenhorabilidade limitada e a inalienabilidade relativa.<sup>210</sup> Conquanto Clovis Bevilacqua não fosse um entusiasta do *homestead*, atribuindo-lhe resultados inúteis e até insignificantes, após sua aprovação, reconheceu conferir a figura jurídica certo amparo à família.<sup>211</sup>

Para o Código de 1916, o bem de família era patrimônio separado instituído pelo *chefe da entidade familiar*, que não poderia alienar o imóvel de residência sem o prévio consentimento dos interessados e de seus representantes legais. Igualmente, furtava-se a coisa à execução por débitos do instituidor, salvo por impostos relativos ao mesmo imóvel. A

<sup>208</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

<sup>209</sup> Art. 2080. O lar da família é inalienável e indivisível na constância do matrimônio e, ainda depois de dissolvido este, enquanto a mulher se conservar viúva, ou existir filho menor do casal.

<sup>210</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86-89.

<sup>211</sup> BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, Vol. I. p. 248.

instituição voluntária do bem de família pressupunha a capacidade do patrimônio familiar de satisfazer todas as dívidas pretéritas, não se admitindo seu efeito retroativo em desfavor de interesses patrimoniais. Reconheceu-se também a indivisibilidade do bem de família. O art. 20 do Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, dispunha que “por morte do instituidor, ou de seu cônjuge, o prédio instituído em bem de família não entrará em inventário nem será partilhado enquanto continuar a residir nele o cônjuge sobrevivente ou o filho de menor idade. Num e noutro caso não sofrerá modificação a transcrição.”

Porém, a eficácia não relativa do bem de família convencional continua condicionada ao registro imobiliário, visando à preservação da boa-fé de terceiros. Nesse sentido, é o procedimento registral dos arts. 260 a 265 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Ainda que se trate de bem de família voluntário, sua extinção, além da vontade expressa do interessado, fica condicionada à comprovação de causa relevante, em interpretação teleológica do art. 250, III, da citada Lei de Registros Públicos. O Código Civil de 1916 não estabelecia limitação econômica para reconhecimento do bem de família. O atual, nos artigos 1.711 a 1.722 e no âmbito do direito patrimonial da família, remodelou e ampliou a proteção do bem de família voluntário, prevendo sua instituição por todos os integrantes da entidade familiar, inclusive por terceiro e permitindo sua instituição por testamento e por escritura pública.

“Hoje, qualquer dos cônjuges ou companheiros e demais integrantes da entidade familiar podem instituir o benefício com seus bens particulares. Quanto a isso não há discussão”.<sup>212</sup> De fato, previu-se que nem mesmo a dissolução da sociedade conjugal poderá ensejar-lhe a extinção. Em decorrência da indivisibilidade do bem de família, o imóvel não será partilhado quando do falecimento do instituidor, enquanto houver herdeiros incapazes e cônjuge supérstite.

A proteção concedida à moradia de família alcança igualmente as pertencas e acessórios da coisa imóvel, como bens essenciais à entidade familiar. Embora possa o titular dar livremente a tais bens o destino que melhor lhe aprouver. Em relação ao imóvel, sua disposição fica condicionada, inclusive, à oitiva do Ministério Público (art. 1.719), podendo o juiz, mediante requerimento fundamentado do interessado, extinguir o bem de família ou autorizar-lhe a sub-rogação.

<sup>212</sup> RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 46.

Segundo Álvaro Villaça, essa espécie de bem de família “vem sendo empanada em seu brilho e inequívoca importância, dados os moldes formalísticos de seu tratamento e a paralisação patrimonial, que coloca em risco o instituidor e sua família, quanto à impossibilidade de alienação do bem instituído, em caso de emergência [...]”.<sup>213</sup>

Porém, foi com o advento da Medida Provisória 143, de 8 de março de 1990, convertida na Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, que se difundiu a proteção do imóvel de moradia, instituindo-se o bem de família legal ou involuntário, independentemente de declaração de vontade, não se lhe reconhecendo os efeitos da inalienabilidade, mas somente o efeito da impenhorabilidade limitada.

A impenhorabilidade obrigatória e automática, respeitadas as ressalvas legais, alcança o imóvel residencial da entidade familiar, bem como os móveis que guarnecem a casa, aqueles indispensáveis à moradia e também os que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adornos suntuosos. Assim consiste o bem de família em patrimônio separado, abrangendo o imóvel e bens móveis que satisfazem os legítimos e ordinários interesses familiares, garantindo-os, sobretudo, nos reveses de sua existência.

Quanto ao conteúdo de entidade familiar, a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, determina que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Vê-se, pois, que a lei que institui o bem família visa a proteger o direito da pessoa humana à moradia, não fazendo sentido proteger somente quem vive em grupo, evitando, assim, o abandono da pessoa que sofre a mais dolorosa realidade: a solidão.<sup>214</sup> Visa, pois, a salvaguardar a moradia da pessoa, não importando seu estado civil.<sup>215</sup> A proteção legal alcança todas as formas de constituição de família, monoparental e unipessoal: “[...] “cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade”.<sup>216</sup>

<sup>213</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157-158.

<sup>214</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 182223/SP. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.09.1999.

<sup>215</sup> O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) 104/09 altera a Lei 8.009/90, estendendo o benefício da impenhorabilidade do imóvel para além da pessoa solteira, à separada judicialmente, divorciada ou viúva.

<sup>216</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173-174.

A construção do bem de família decorre do labor jurisprudencial, particularmente do Superior Tribunal de Justiça. Já houve entendimento de que a locação do único bem imóvel em benefício da sobrevivência da entidade familiar não afasta sua impenhorabilidade.<sup>217</sup>

A garantia do bem de família não se encontra, pois, adstrita à coisa em si, mas à forma como esta é utilizada e usufruída, valendo seus frutos também como meio de proteção da moradia atual e futura, de modo que todos os integrantes da entidade familiar (a que visa proteger a Lei n.º 8.009/90) têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, existindo interesse em assegurar a habitação diante da omissão dos titulares do bem de família.<sup>218</sup>

Ressalte-se, porém, que a impenhorabilidade não é ilimitada. Já se reconheceu a penhorabilidade parcial de imóvel de dois andares. No andar superior, os executados efetivamente moravam; no andar inferior, funcionava atividade empresarial. Entendeu-se que a impenhorabilidade legal deveria ficar restrita ao espaço de moradia.<sup>219</sup>

Quanto ao alcance das exceções do art. 3º da Lei n.º 8.009/90, consolidou-se o entendimento da possibilidade de penhora do imóvel residencial quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes.<sup>220</sup>

A maior polêmica, porém, parece consistir na interpretação do inciso VII, que assegura a penhora por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Em confronto com o direito social de moradia (art. 6º da Constituição da República), seria constitucional a norma que permite a penhora do único bem imóvel residencial do fiador? No entender do Supremo Tribunal Federal, a penhorabilidade do bem de família do fiador ofenderia o conteúdo do citado art. 6º.<sup>221</sup> Contudo, tal posicionamento foi alterado, por entender o Tribunal que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

<sup>217</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 445.990/MG. Rel. Min. Franciulli Netto, j. 09.11.2004; Resp. 550387/SE. Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2003; Resp. 415765/MT. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.05.2002.

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 511023/PA. Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18.08.2005; Resp. 345933/RJ. Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 19.03.2002.

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 968907/RS. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.03.2009.

<sup>220</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 150379/MG. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.11.1997.

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 352940/SP. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005.

não ofende a Constituição,<sup>222</sup> ressaltando-se serem extremamente significativos os votos vencidos.

Para o Ministro Carlos Ayres Brito, o valor existencial da moradia afasta a penhora sobre o imóvel do fiador:

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação (sic). Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair.

Barré-Pépin<sup>223</sup> adverte que, se a casa de moradia é importante para a pessoa, para a família é essencial. Com toda certeza, a moradia é o centro do ser da família.

A penhorabilidade do bem de moradia do fiador pode conduzir a um verdadeiro paradoxo. Como bem acentuou o Ministro Eros Grau:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Com igual percepção, o Ministro Celso de Mello:

A “ratio” subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser penhorado, muito embora o fiador – que se qualifica como garante meramente subsidiário (CC, art. 827)- possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falcer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa mesma constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Com efeito, não se afigura razoável a limitação ou o sacrifício do direito à moradia do fiador em favor da alegada amplitude da proteção do crédito. A solução dos problemas de mercado pressupõe uma resposta igualmente econômica, como o fomento do seguro-fiança, e não a supressão de bens existenciais ou extrapatrimoniais. Segundo César

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407688/AC. Rel. Min. Cezar Peluso, j.08.02.2006.

<sup>223</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009. p.213.

Fiuzza, “ninguém tem o direito de ‘jogar quem quer que seja na rua’ para satisfazer um crédito.”<sup>224</sup>

Inclusive, a proteção da essencialidade da casa de moradia não pode ser objeto de renúncia, tendo o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que a impenhorabilidade assegurada ao bem de família não é passível de renúncia, podendo ser excluída a proteção existencial prevista na lei de ordem pública apenas nos casos por ela ressalvados:<sup>225</sup> “[...] não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial”.<sup>226</sup>

## 2.5 Locação urbana imobiliária

A relação contratual locatícia sempre foi um dos instrumentos mais utilizados na efetivação do direito à moradia. De igual forma, houve grande preocupação com o equilíbrio dessa relação contratual, garantindo-se ao locador-proprietário a justa remuneração, e ao locatário-morador, a segurança da moradia. O dirigismo contratual é necessário para correção dos efeitos da ruptura desse equilíbrio negocial.

No âmbito do Direito Comparado, alguns códigos expressamente reconhecem a necessidade de maior proteção do locatário, presumidamente em situação de maior vulnerabilidade.

Conforme o disposto no § 574 do Código Civil alemão (BGB – Burgerliches Gesetzbuch), o locatário pode opor-se à denúncia do contrato de locação e exigir do locador a prorrogação do contrato se sua cessação representar, para o locatário ou para sua família, desvantagem injustificada ainda em face dos interesses legítimos do locador. A desvantagem

<sup>224</sup> FIUZA, César. Coisas e bens. In.: FIUZA, César (Org.) *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 431.

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n.º 223.419/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 23.11.1999.

<sup>226</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 1.042.

poderia existir também em caso de impossibilidade de ser encontrado um espaço para moradia em condições exigíveis.

A Lei n.º 6, de 27 de fevereiro de 2006, que alterou o Código Civil e o Código de Processo Civil portugueses, prevê a possibilidade de diferimento da desocupação de imóvel arrendado para moradia pelo prazo máximo de dez meses, contado da decisão judicial determinante do despejo, quando a desocupação imediata causar ao locatário prejuízo muito superior à vantagem conferida ao locador ou até quando a resolução contratual por falta de pagamento for justificada pela carência de meios do executado.<sup>227</sup>

Na França, há o interessante instrumento legal de Habitações com Aluguel Moderado (HLM)<sup>228</sup> em favor de famílias de baixa renda, o que, para Barré-Pépin<sup>229</sup> caracteriza verdadeiro estatuto da moradia familiar, que alcança, sobretudo, as relações de locação. Há, pois, garantia da proteção do local de morada ao membro da entidade familiar em todas as situações, inclusive nas hipóteses de dissolução da vida comum. O Código Civil francês<sup>230</sup> confere a cada cônjuge, qualquer que seja o regime matrimonial, direito idêntico, com todas as prerrogativas da locação e as mesmas obrigações legais, sobre a moradia comum. Essa regra protege um cônjuge contra os atentados aos direitos sobre a moradia familiar se o outro decidir unilateralmente encerrar a locação em caso de conflito ou de separação. Igualmente relevante o poder-dever do juiz para diferir a ordem de despejo se sua execução trazer ao locatário consequências de excepcional rigor, em razão do período do ano ou das circunstâncias atmosféricas. Por disposição do art. 613-3 do Código francês da Construção e da Habitação, inadmissível o despejo no período compreendido entre 1º de novembro e 15 de março, salvo se a acomodação dos interessados puder ser garantida.

Pode-se afirmar que, no Brasil, está presente o dirigismo contratual nas relações locatícias, ressaltando-se a intenção protetora da moradia do locatário.<sup>231</sup> Porém, os extremos devem ser evitados. Assim como não se pode, injustificadamente, despejar o locatário. Não se afigura razoável a proibição do despejo por falta de pagamento, invocando-se, para tanto, o direito fundamental e essencial à moradia, especialmente se o locador também necessitar dos

<sup>227</sup> Arts. 930º - C e 930º - D do Código de Processo Civil.

<sup>228</sup> Leis 2003-590, 2005-32 e art. 411-1 do Code de la Construction et de l'Habitation.

<sup>229</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009. p. 243-252.

<sup>230</sup> Code Civil, art. 1751.

<sup>231</sup> Destacando-se as leis 4.494, de 25 de novembro de 1964; 6.649, de 16 de maio de 1979; e, atualmente, a Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, objeto de proposta de modificação, conforme Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) 140/2009.

recursos do aluguel para a própria subsistência. Os direitos e obrigações recíprocos dos locadores e dos locatários devem ser equilibrados.<sup>232</sup>

---

<sup>232</sup> ALBIGÈS, Christophe. Le droit au logement. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.), *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008, p. 792.

### CAPÍTULO III DO DIREITO INTERNACIONAL À MORADIA

#### 3.1 Tratados e documentos internacionais

O direito à moradia foi reconhecido originariamente no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos:<sup>233</sup>

[...] todos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, 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.

Roger Saint-Alary,<sup>234</sup> reconhecendo a essencialidade desse direito, declara tratar-se de um direito do homem situado, concreto, com todas as suas necessidades e carências, não se podendo, pois, falar em mera abstração.

Segundo o Pacto de São José da Costa Rica, a adequada habitação para todos os setores da população consiste em objetivo de todos os Estados (art. 34, k).<sup>235</sup>

Nos termos do art. 11-1 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à moradia é um direito humano, o que gera para os Estados-partes signatários a obrigação legal de promovê-lo e protegê-lo.<sup>236</sup>

Destacam-se também a Agenda 21, sobre meio ambiente e desenvolvimento, de 1992, a Agenda Habitat, de 1996, e o Comentário Geral n.º 4, do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1991.

<sup>233</sup> Art. XXV, item I.

<sup>234</sup> SAINT-ALARY, Roger. Rapport de synthèse In.: *Le droit au logement*. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant. Paris, 1984. Tome XXXIII, p. 11-21.

<sup>235</sup> O direito à moradia é reconhecido na Carta Social Européia de Turim, de 1961, e revisada em 1996 (art. 31, § 1º); no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966 (art. 11-1); na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5-e-iii); na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 (seção III-8 e capítulo II – A.3); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, de 1978 (art.9-2); na Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, de 1979 (art.14-2-h); na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (art. 27-3); na Convenção dos Trabalhadores Migrantes, de 1990 (art. 43); na Carta Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos na Cidade, apresentada em Saint-Dennis em maio de 2000, e na Carta de Direitos Fundamentais de Nice, de 7 de dezembro de 2000.

<sup>236</sup> O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por meio do Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992.

Em conformidade com a Agenda Habitat, realizada em 1996 em Istambul, “moradia adequada” compreende, a teor do § 43, privacidade e segurança, além de adequado espaço e acesso físico, incluindo garantia da posse, durabilidade e estabilidade da estrutura física, bem como boa iluminação, aquecimento e ventilação, havendo ainda necessidade de acessibilidade a serviços públicos básicos (água e saneamento básico) e localização no que concerne ao trabalho.

A promoção do direito à moradia pressupõe segurança jurídica da posse; disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura: gastos suportáveis (custos financeiros associados com a moradia ajustados à realização e à satisfação de outras necessidades básicas); habitabilidade (a moradia deve oferecer espaço adequado); acessibilidade (a moradia adequada deve ser acessível sobretudo às pessoas em situação de vulnerabilidade); localização (a moradia adequada deve encontrar-se em lugar que permita acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas e a outros serviços públicos essenciais) e adequação cultural (a expressão da identidade e da diversidade cultural da moradia deve ser assegurada na maneira como são construídas as moradas, nos materiais de construção usados e nas políticas em que se apoiam).<sup>237</sup>

O Relatório sobre Assentamentos Humanos da ONU (2005) contextualizou o significado de moradia: algo além de um teto sobre a cabeça. Significa também privacidade, espaço adequado, acessibilidade, segurança, garantia de posse, estabilidade e durabilidade, iluminação adequada, aquecimento e ventilação, saneamento básico, enfim qualidade de vida, tudo isso a um preço acessível.<sup>238</sup>

O Comentário Geral n.º 7 do mesmo Comitê, de 1997, contém normas protetivas dos que sofrem despejos, asseverando que de tais despejos não devem resultar indivíduos desabrigados ou vulneráveis a violações de direitos humanos, prevendo ainda o direito à adequada compensação por qualquer dano, tanto material quanto moral, pelo qual tiver sido afetado em razão de despejo.

<sup>237</sup> Comentário Geral n. 4, do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>238</sup> “Adequate shelter means more than a roof over one’s head. It also means adequate privacy; adequate space; physical accessibility; adequate security; security of tenure; structural stability and durability; adequate lighting, heating and ventilation; adequate basic infrastructure, such as water supply, sanitation and waste management facilities; suitable environmental quality and health-related factors; and adequate and accessible location with regard to work and basic facilities: all of which should be available at affordable cost.” (UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. *Financing urban shelter: global report on human settlements 2005*. New York: UN-HABITAT, 2005. p. 163).

A Assembléia-Geral das Nações Unidas, entre as Metas de Desenvolvimento do Milênio (MDM), aprovadas em setembro de 2000, reconheceu a necessidade, até o ano de 2020, de melhorar substancialmente as condições de vida de pelo menos 100 milhões de habitantes dos assentamentos precários (Meta 11 do Objetivo 7).

A União Européia, segundo o art. II – 94º da sua Constituição, reconhece e respeita o direito a uma ajuda à moradia destinada a assegurar existência digna a todas as pessoas desprovidas de recursos econômicos suficientes. No âmbito interno, além de disposições gerais referentes aos direitos reais de propriedade, uso e habitação, os países europeus destacam-se no reconhecimento do direito à moradia, sobressaindo o esforço da Alemanha e da Itália pela reconstrução dos locais de moradia destruídos por duas Grandes Guerras.

### 3.2 Alemanha

Na Alemanha, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da destruição total das cidades, com milhões de refugiados e desabrigados,<sup>239</sup> adotaram-se inevitáveis medidas de congelamento de aluguéis imobiliários e de fomento à construção civil, sobretudo por intermédio de lei de 1942, de natureza protetiva do locatário, e de 1946, sobre habitação (Wohnungsgesetz).<sup>240</sup>

No imediato pós-Guerra, foram concedidos benefícios à iniciativa privada para construção de moradias. Inicialmente, financiamentos com juros reduzidos; após, subsídios fiscais e atenuação da exigência de garantias contratuais, conforme disposições da Segunda Lei sobre Construção de Habitações (II WoBauG, de 1 de setembro de 1976).

A partir de 1948, atenuaram-se as medidas de intervenção estatal. Em 23 de junho de 1960, entrou em vigor uma lei reduzindo a proteção do locatário, ao argumento de que o mercado imobiliário teria alcançado o desejado equilíbrio – hipótese, contudo, não

<sup>239</sup> As bombas da Segunda Guerra destruíram, principalmente, regiões de grande densidade urbana. Dos 18,8 milhões de moradias, 4,8 milhões foram completamente destruídas.

<sup>240</sup> Cf. GRUNSKY, Wolfgang. La tutela delle locazioni ad uso abitativo nel diritto tedesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XXVIII, settembre, ottobre 1983. p.583-610.

comprovada, pois, em determinadas áreas metropolitanas, como Hamburgo, Munique e Berlim, houve necessidade de restituição da medida de congelamento dos aluguéis.

A locação imobiliária alemã pode ser dividida em “comum” e social.

No que se refere à moradia social, esta decorre de auxílio estatal para a construção dos imóveis e, por essa razão, outra lei passou a regulamentar sua destinação: “Lei para garantir a destinação das moradias sociais” (*Wohnungsbindungsgesetz*), de 31 de janeiro de 1974. As moradias sociais somente podem ser locadas em favor das pessoas de baixa renda, observando-se o limite legal,<sup>241</sup> sendo certo que o valor do aluguel também sofre restrições. o que se denominou de aluguel de custos (*Kostemiete*), devendo corresponder apenas às despesas correntes com margem de lucro de 4% (quatro por cento) do valor bruto investido pelo locador.

Nessa busca do ponto de equilíbrio, o Código Civil alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*) também foi reformado. Nos dez anos seguintes a essa reforma, assistiu-se a forte tendência legislativa de maior benefício ao locatário, reduzindo-se as hipóteses de denúncia contratual pelo locador e também de reajustes dos aluguéis. Nesse sentido, sobressaiu a Segunda Lei sobre Proteção da Extinção da Locação (*Wohnraumkündigungsschutzgesetz*), de 18 de dezembro de 1974. Essa lei inseriu no BGB ampla e compreensiva tutela das hipóteses de despejo e nova regulamentação do aluguel.

O Código Civil alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), nos parágrafos 549 a 577-a, disciplina as relações locatícias.<sup>242</sup> Nos contratos por prazo indeterminado, como já acentuado, o locatário pode opor-se à denúncia e exigir a continuidade contratual se sua extinção ensejar prejuízo relevante não justificado nem mesmo pelos interesses legítimos do locador.<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Em 1974, o limite financeiro era de 38.100 DM (trinta e oito mil e cem marcos alemães).

<sup>242</sup> Cf. Título II, Capítulo II, 2.5. locação urbana imobiliária.

<sup>243</sup> § 574 (1) Der Mieter kann der Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Dies gilt nicht, wenn ein Grund vorliegt, der den Vermieter zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt. (O locatário pode opor-se à denúncia do contrato de locação pelo locador, se a denúncia representar, para ele, sua família ou algum membro de sua residência, um sofrimento muito grande, mesmo diante dos legítimos interesses do locador. Esse direito não se aplica no caso de haver alguma razão que permita que o locador resolva o contrato sem aviso prévio.)

O Código Civil alemão (BGB – Burgerliches Gesetzbuch), inclusive, no § 1.093, prevê o direito de habitação como direito subjetivo de servidão restrita.<sup>244</sup>

### 3.3 Itália

Após a Segunda Guerra, as cidades italianas estavam destruídas, e a ausência de moradias levou as pessoas a se abrigarem em prédios públicos e em barracas improvisadas. Essa difícil situação do pós-Guerra foi acentuada pelo crescimento da população.<sup>245</sup>

O Estado, imediatamente, propôs medidas de contenção de demissões e de financiamento para reconstrução de casas. A Constituição da República Italiana, promulgada em 27 de dezembro de 1947, incentivou a formação e o acesso ao crédito inclusive para aquisição de moradias. Segundo Domenico Sorace, o legislador constitucional, antes mesmo de definir um direito individual à moradia, objetivou considerar a necessidade primária de todo cidadão a um espaço de existência.<sup>246</sup> A Corte Constitucional italiana reconheceu que a casa constitui bem primário, devendo ser adequada e concretamente tutelada pela lei.<sup>247</sup>

As intervenções estatais pós-Guerra, com o fomento ao crédito, possibilitaram a reconstrução imobiliária, desenvolvendo também a consciência popular da importância do lugar de resguardo da vida cotidiana. A cidade passou a ser vista como o espaço do cidadão, do habitante, do morador, valorizando-se os aspectos individuais, históricos e também ambientais.

<sup>244</sup> § 1093 (1) Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs. 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung. (Pode ser também instituído o direito de utilizar-se de um edifício, ou parte dele, para habitação, com exclusão do proprietário, como servidão pessoal limitada. A este direito se aplicam por analogia as disposições do usufruto previstas nos §§ 1031, 1034, 1036, no § 1037, alínea 1 e nos §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062).

<sup>245</sup> Em Roma, a população passou de cerca 1.155.700 moradores, em 1936, para 1.651.750, em 1951. Nos quinze anos após a Guerra, imigraram mais de 360.000 pessoas e, em 1960, Roma alcançou os dois milhões de moradores. O censo de 1951 registrou que 6,6% das moradias eram barracos, grutas e espaços embaixo das escadas dos prédios, e que 21% das famílias viviam em coabituação.

<sup>246</sup> SORACE, Domenico. Rapport italien. In: *Le droit au logement*. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XXXIII. Paris, 1984, p. 127-128.

<sup>247</sup> ITALIA. Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Sentenza 404/1988. Disponível em: <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>. Acesso em 12.04.2009.

No plano legislativo, destacaram-se também a Lei 167, de 18 de abril de 1962, que instituiu áreas destinadas à construção econômica e popular (PEEP – Piani per l'Edilizia Economica Popolare); a Lei 457, de 5 de agosto de 1978, disciplinando a reconstrução de edifícios antigos; e a Lei 392, de 27 de julho de 1978, sobre o regime de locação imobiliária, que, segundo Anna de Vita,<sup>248</sup> estabeleceu o justo aluguel, sendo o direito de habitação disciplinado pelo Código Civil como subespécie do direito de uso.<sup>249</sup>

### 3.4 Portugal

Segundo Bárbara Freitag, o histórico do desenvolvimento urbano de Portugal, particularmente da cidade de Lisboa, deve levar em consideração os esforços de modernização empreendidos especialmente em consequência do terremoto de 1755, que destruiu toda a Baixa, o centro histórico da cosmopolita capital dos grandes descobridores e pensadores. Amplas avenidas e alamedas foram abertas, novos bairros e núcleos urbanos emergiram, tendo sido os antigos deslocados para as periferias. Até a primeira metade do Século XX, o cenário urbano era o seguinte:

[...] a cidade parecia crescer “organicamente”, dando as costas às margens do Tejo e expandindo-se em direção nordeste e noroeste de forma “equilibrada” pelas grandes e novas avenidas. Deste modo, preenchiam-se, concomitantemente e nos mesmos bairros, as diferentes funções – moradia, lazer, trabalho –, vitais para uma cidade.<sup>250</sup>

À gestão Duarte Pacheco (1932-1938) seguiu-se um período de expansão urbana desregrada. Na década de 60 e no início da de 70, Portugal sofreu os efeitos das lutas por independência de suas colônias. A escassez de moradia foi acentuada na segunda metade da década de 70, sendo necessárias medidas estatais, que, contudo, não resolveram o problema. Somente com a redemocratização e também com sua entrada na União Européia, como reflexo das mudanças sociopolíticas, o país retomou processos de modernização e urbanização:

<sup>248</sup> DE VITA, Anna. Rapport italien. In.: *Le droit au logement*. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXIII, Paris, 1984, p. 588.

<sup>249</sup> Art. 1026: Le disposizioni relative all'usufrutto si applicano, in quanto compatibili, all'uso e all'abitazione.

<sup>250</sup> FREITAG, Bárbara. *Cidade dos homens*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 84.

[A partir desse período] tiveram início projetos de saneamento de certas áreas urbanas que tinham sofrido invasões das populações migradas e dos residentes locais pauperizados (Mouraria e Alfama). Projetos de construção social autorizados e fomentados pelo governo municipal começaram a surgir, construindo moradias em bairros como Chelas, Olivais, Sacavém, entre outros.<sup>251</sup>

A Constituição de 2 de abril de 1976 tem relevante contribuição na promoção desse bem existencial, ampliando a tutela do direito à moradia ao estabelecer, no art. 65º,<sup>252</sup> que todos têm direito, para si e para sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve também a intimidade pessoal e a privacidade familiar. O texto constitucional português atribui ao Estado o dever de programar e executar políticas habitacionais, inclusive estimulando e apoiando iniciativas do poder privado, fomentando a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução, sendo certo que tais iniciativas devem ser inseridas na política urbanística.

No plano infraconstitucional, destaca-se o direito de habitação,<sup>253</sup> que, conforme destaca José de Oliveira Ascensão, não poderia ser, tecnicamente, variação do direito de uso, porque “no direito de habitação não se encontra nenhuma modalidade de fruição”.<sup>254</sup>

### 3.5 França

Na França, a Constituição de 4 de outubro de 1958 não contém nenhuma disposição expressa relativa ao direito à moradia. Porém, a doutrina admite que esse direito seria compreendido pela alínea 11 do preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, segundo o qual:

<sup>251</sup> FREITAG, Bárbara. *Cidade dos homens*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 93.

<sup>252</sup> 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; [...]

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;

d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

<sup>253</sup> Art. 1484º -2. Quando este direito [direito de uso] se refere a casa de morada, chama-se direito de habitação.

<sup>254</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 479.

[...] a nação garante a todos, notadamente à criança, à mãe e aos trabalhadores, a proteção à saúde, à segurança material, ao repouso e aos lazeres. Todo ser humano que, por sua idade, seu estado físico ou mental, encontre-se incapacitado a trabalhar, tem o direito de obter da coletividade meios convenientes de existência.

No âmbito infraconstitucional, a França destaca-se pelo exemplo de preocupação elevada com o direito à moradia em seus diversos aspectos, tratado como manifestação de necessária política social, conforme pluralidade de iniciativas legais.<sup>255</sup> Com destaque a Lei 90-449, de 31 de maio de 1990, conhecida como Lei Besson, universalizando o direito à moradia:

[...] garantir o direito à moradia constitui um dever de solidariedade para o conjunto da Nação. Qualquer pessoa ou família que passe por dificuldades particulares, por causa notadamente da inadaptação de seus recursos ou de suas condições de existência, tem direito a uma ajuda da coletividade, nas condições fixadas pela presente lei, para ter acesso a uma moradia decente e independente e lá permanecer. (art. 1º)

A conhecida Lei DALO, 2007-290, de 5 de março de 2007, instituiu o direito à moradia opoável, buscando assegurá-lo, prioritariamente, a pessoas desabrigadas e sem

<sup>255</sup> A Lei 82-526, de 22 de junho de 1982, conhecida como Lei Quilliot, elevou à categoria de direito fundamental o direito de moradia. O seu art. 7º instaura o Fundo de Solidariedade para a Moradia (FSL) – co-financiado pelo Estado e pelo departamento –, o qual fornecerá auxílios financeiros às pessoas e famílias desfavorecidas, com dificuldades em assumir encargos locatícios. Esse objetivo justificou, posteriormente, o estabelecimento de diversas medidas, objetivando favorecer o acesso à moradia das pessoas endividadas excessivamente, vítimas do desemprego ou de doença.

A Lei 91-662, de 13 de julho de 1991, Lei LOV, de orientação para a cidade, define objetivos de diversidade do *habitat* e obriga cidades de 200 mil habitantes a atingirem uma taxa mínima de 20% de moradias sociais para locação.

A Lei 95-74, de 21 de janeiro de 1995 (Lei Carrez), introduziu relevante dispositivo de requisição estatal de moradias vagas.

A Lei 98-657, de 29 de julho de 1998, regulamenta a inserção espacial dos desfavorecidos, regulamenta o processo de despejo e introduz mecanismos de sua prevenção. Essa Lei também modificou o art. 641-1 e seguintes do Código da Construção e da Habitação, instituindo nova modalidade de requisição. Trata-se de medida que afeta especialmente as pessoas jurídicas proprietárias de imóveis vazios (há mais de dezoito meses), que serão objeto de requisição por parte do *préfet* em cidades onde exista um desequilíbrio entre a oferta e a demanda de moradia em detrimento de pessoas com rendas modestas.

A Lei 2000-614, de 5 de julho de 2000, dispõe sobre a acolhida e a habitação dos povos nômades, prevendo mecanismos de sua proteção.

A Lei 2000-1208, de 13 de dezembro de 2000, relativa à solidariedade e à renovação urbana (dita Lei S.R.U.), alterou o art. 1719 do Código Civil francês, atribuindo ao proprietário a obrigação de fornecer ao locatário uma "habitação decente". Essa Lei estende ainda o percentual de 20% (vinte por cento) de moradias sociais para locação (Lei LOV) nas cidades de 50 mil habitantes.

A Lei 2003-590, de 2 de julho de 2003, relativa ao urbanismo e ao *habitat*, prevê, entre outros, o mecanismo de Habitações com Aluguel Moderado (HLM).

A Lei 2004-809, de 13 de julho de 2004, referente às liberdades e às responsabilidades locais, disciplina subvenções estatais à moradia.

O objetivo de construção de 50 a 70 mil moradias sociais por ano é objeto de plano instituído pela Lei 2005-32, de 18 de janeiro de 2005.

suficientes recursos econômicos. Essa Lei instituiu o art. 300-1 do Código de Construção e Habitação, segundo o qual:

[...] direito a uma moradia decente e independente, mencionado no artigo 1º da Lei n. 90-449, de 31 de maio de 1990, visando à implementação do direito à moradia, é garantido pelo Estado a toda pessoa que, residindo em território francês de forma regular e em condições de permanência definidas por decreto do Conselho de Estado, não esteja em condições de ter acesso a uma moradia por seus próprios meios ou de nela permanecer.

A Lei Carrez e a Lei 98-657 – relativa à luta contra as exclusões – permitiram ao Conselho Constitucional também afirmar que a possibilidade de qualquer pessoa dispor de uma moradia decente é objetivo de valor constitucional.<sup>256</sup>

Recentemente, foi aprovada a Lei 2009-323, de 25 de março de 2009, ampliando a mobilização pela moradia e a luta contra a exclusão social.

No âmbito do Código Civil francês, o direito de habitação é tratado como variação do direito de usufruto.<sup>257</sup>

Em trabalho publicado nos anais das jornadas da Associação *Henri Capitant*, de 1982, sob o temário “direito à moradia” (*droit au logement*), Michel Grimaldi<sup>258</sup> acentuou que moradia é valor ao mesmo tempo patrimonial e extrapatrimonial: patrimonial, porque é geralmente assegurado por direitos patrimoniais desde o direito de propriedade aos direitos obrigacionais das relações locatícias; mas é também e, principalmente, valor extrapatrimonial essencial, porque é manifestação inerente ao ser humano. Segundo ele, a moradia é o centro da esfera da intimidade do indivíduo, o santuário de sua vida privada. Trata-se de um espaço restrito, que resguarda os maiores direitos de sua personalidade.

E é a partir dessa perspectiva extrapatrimonial que se deve buscar compreender o elevado conteúdo e o mais extenso alcance do direito à moradia.

<sup>256</sup> FRANCE. Conseil Constitutionnel, 19 janvier 1995, 95-359 DC.

<sup>257</sup> Art. 625 Les droits d’usage et d’habitation s’établissent et se perdent de la même manière que l’usufruit. (Os direitos de uso e de habitação se estabelecem e se perdem da mesma maneira que o usufruto).

<sup>258</sup> GRIMALDI, Michel. Rapport français. In.: *Le droit au logement*. Journées Mexicaines. Travaux de l’Association Henri Capitant, Paris, 1984, Tome XXXIII, p. 421-445.

### **TÍTULO III**

## **DIREITO DE PERSONALIDADE À MORADIA**

A transcendência econômica do direito à moradia vai além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, da identificação do indivíduo, não se confundindo, pois, com o direito de posse, propriedade, ou elementos como residência, domicílio ou qualquer categoria de direitos reais.

A moradia é essencial. É elemento pertinente e inerente à pessoa humana. É bem da personalidade.

Essa amplitude gradativa dos direitos da personalidade decorre do contemporâneo e necessário reconhecimento dos valores essenciais da pessoa humana.

## CAPÍTULO I DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

### 1.1 Pessoa, personalidade e direitos de personalidade

O surgimento de situações subjetivas novas voltadas à realização de interesses existenciais conduz à dinâmica dos direitos novos, como o direito à moradia.<sup>259</sup>

Posse, propriedade e domicílio não se confundem, ou não identificam a natureza jurídica do direito à moradia, embora essas e outras situações patrimoniais possam ser instrumentos de realização de interesses existenciais.

A construção de uma categoria de direito à moradia, dissociada de critérios meramente patrimoniais, deve ter por conteúdo a existência humana, não apenas na perspectiva estatal ou internacional de direitos fundamentais ou de direitos humanos, mas em uma concepção dos direitos da personalidade, pois “o habitar não deve mais ser estudado como resíduo, como vestígio ou resultado dos níveis ditos ‘superiores’. Deverá, e já pode, ser considerado como fonte, como fundamento, como funcionalidade e transfuncionalidade essenciais”.<sup>260</sup>

O sertão é o mundo.<sup>261</sup> Poderia o mundo ser compreendido a partir de uma dimensão espacial, por um *locus* indispensável ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao exercício da socialidade e ao aprimoramento da capacidade de reflexão, de criação, de devaneios? Se a casa é todo o mundo ou o mundo todo, é preciso que seja feita sobre uma construção sólida, bem enraizada, baseada nos valores existenciais da pessoa humana.

A noção de pessoa e suas complexas e infundáveis implicações jurídicas constituem fascinantes temas que dividem consciências. No dizer de Silma Mendes Berti,<sup>262</sup>

<sup>259</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* [Il diritto civile nella legalità costituzionale]. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 76.

<sup>260</sup> LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana* [Le révolution urbaine]. Trad. Sérgio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 83.

<sup>261</sup> GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

<sup>262</sup> BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 58.

pessoa “é, para o jurista, o termo mais precioso do vocabulário jurídico. E por quê? Porque, em princípio, não há pessoa que não seja ser humano: ser humano único e igual em direito e em dignidade”.

A pessoa é o fim do direito, a causa primeira da personalidade jurídica, o sujeito das situações jurídicas.<sup>263</sup>

Seria a personalidade, pois, direito ou pressuposto de todos os direitos? “Não há Direito sem pessoas, sem pessoas humanas, de carne e osso, com amor e ódio, alegria e tristeza, prazer e dor, bondade e maldade, solidez e fragilidade, concepção e morte.”<sup>264</sup>

Pedro Pais de Vasconcelos<sup>265</sup> diz que a personalidade é a qualidade de ser pessoa, e a personalidade jurídica ou civil é a qualidade de ser pessoa no Direito. É dessa qualidade que decorre a suscetibilidade de direitos e obrigações. A personalidade natural decorre da vida que, ao largo de possíveis e variadas controvérsias, tem início com a concepção, com a fecundação, seja *in utero*, seja *in vitro*.<sup>266</sup> O Direito não pode ir além ou contra a natureza, sendo a essência mesma do ser ou a natureza das coisas o limite da interpretação.

Seria o nascituro uma pessoa, um ser autônomo? Para Aude Bertrand-Mirkovic,<sup>267</sup> uma vida autônoma não é necessariamente autossuficiente. Assim, depender da mãe para viver em nada desconstitui o estatuto do ser concebido.

Bertrand-Mirkovic<sup>268</sup> afirma ainda que, quanto à concessão de certos benefícios sociais, o governo francês considera o melhor interesse do nascituro. Assim, a legislação de seguridade social e também o Código de Construção e Habitação<sup>269</sup> preveem bônus de mudança de moradia às pessoas ou casais que tenham pelo menos três crianças nascidas ou alguma por nascer. O Tribunal Civil de Seine, em julgamento de 31 de janeiro de 1950.

<sup>263</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código civil brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 342, abr./jun. 1998, p. 121.

<sup>264</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.

<sup>265</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.

<sup>266</sup> Entre os defensores da teoria concepcionista, destacam-se Eduardo de Oliveira Leite, Diogo Leite de Campos, Silma Mendes Berti e Silmara J. A. Chinelato e Almeida.

<sup>267</sup> BERTRAND-MIRKOVIC, Aude. *La notion de personne: étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 177-178.

<sup>268</sup> BERTRAND-MIRKOVIC, Aude. *La notion de personne: étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 367-369.

<sup>269</sup> Art. 542-31, Code de la sécurité sociale; art. 351-23, Code de la construction et de l'habitation.

incluiu o nascituro no número de pessoas que são contabilizadas para determinar as condições de ocupação satisfatória.<sup>270</sup>

Com efeito, a pessoa existe em si mesmo, é algo distinto de qualquer outra realidade.<sup>271</sup> Não é a razão e a autoconsciência que distinguem a pessoa humana, mas sim sua capacidade de sair de si, de reconhecer no outro um igual, de usar a linguagem, de dialogar e, fundamentalmente, sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.<sup>272</sup> E mais. Ser pessoa “é expressar um amor maior que aquele que podemos compreender, uma verdade mais profunda do que aquela que podemos articular, e uma beleza mais rica que aquela que pode em nós estar contida.”<sup>273</sup>

Pessoa é um todo indivisível, uma realidade psicossomática. Para Diogo Leite de Campos,<sup>274</sup> é um ser indissociável de alma e de corpo. É objeto do direito de personalidade o físico e o espiritual de cada ser humano, “o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”.<sup>275</sup>

Há, porém, pensadores que já sustentaram a existência de dicotomia entre corpo e alma.

No dizer de Platão,<sup>276</sup> a pessoa é constituída pela união accidental entre corpo e espírito; para Sócrates, não importa o corpo. A essência humana está na alma. E, para Tomás de Aquino, a pessoa humana é constituída de substância espiritual e corporal. Corpo e espírito constituem unidade substancial, e não accidental,<sup>277</sup> presente aqui a perspectiva personalista, que defende a indissociabilidade entre as duas bases ontológicas da pessoa humana.

<sup>270</sup> FRANCE. Tribunal Civil de la Seine. 31 janvier 1950. 1950-151.

<sup>271</sup> Cf. GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 44.

<sup>272</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 13.

<sup>273</sup> BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.59.

<sup>274</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p. 9.

<sup>275</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Alcixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 117.

<sup>276</sup> Cf. PLATÃO. *A república* [Politeia]. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>277</sup> Cf. MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito de personalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 590, dez./1984, p.14-24.

As origens mais remotas da existência de categorias jurídicas destinadas a tutelar a personalidade humana são encontradas na *hybris* grega e na *iniura* romana.<sup>278</sup> Por influência da obra de Aristóteles, passou-se a conceber a igualdade entre as pessoas e a ideia de a lei ter o dever de buscar a regulamentação das relações humanas em sociedade, objetivando sempre o bem comum. Essa nova visão, trazida pelos filósofos gregos, consolidou a proteção jurídica da personalidade humana, reconhecendo a existência de um único e geral direito de personalidade em cada ser humano, firmando-se, dessa maneira, a noção de uma cláusula geral protetora da personalidade de cada indivíduo, representada pela *hybris*, que, para Capelo de Sousa,<sup>279</sup> compreendia uma ampliada tutela jurídica da personalidade contra as ideias de excesso, injustiça, insolência e soberba.

No Direito Romano, a expressão personalidade restringia-se inicialmente aos indivíduos que reunissem três *status* - o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae* - evoluindo-se dessa visão para o entendimento de que a personalidade não decorre da lei nem esta lhe serve de substrato, de modo que, pelo simples fato de ser humano, adquire-se a personalidade, possuindo-a tanto o homem livre quanto o escravo. A essa ideia aplica-se o primado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual os homens nascem livres e iguais em direitos.

No entanto, subsistiram, noutros tempos, objeções à teorização dos direitos de personalidade.

Talvez a mais marcante delas tenha sido apresentada por Savigny, que não admitia a existência dos direitos de personalidade por não lhe parecer possível a hipótese de um sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de seu próprio direito.<sup>280</sup>

Para Pierre Kayser,<sup>281</sup> o direito de personalidade, antes de ser incompatível com a noção de direito subjetivo, é uma espécie ou aplicação sua.

Jean Dabin, embora tenha consagrado a tese de que o direito subjetivo consiste em uma pertença (*appartenance*), um domínio (*maîtrise*) sobre um bem, classifica o direito da

<sup>278</sup> Cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.23.

<sup>279</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 44.

<sup>280</sup> Cf. KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 70. année, juillet-septembre, 1971, n. 3, p.448.

<sup>281</sup> KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 70. année, juillet-septembre, 1971, n. 3, p.454.

personalidade como direito subjetivo, por tratar-se de direito cujo objeto são os elementos constitutivos da personalidade do sujeito, compreendida em seus múltiplos aspectos: físico e moral, individual e social, entre os quais acentua a liberdade de ir e vir e também de residir.<sup>282</sup>

Fábio Mattia afirma que “o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade, etc.)”.<sup>283</sup>

Contribuindo para o desenvolvimento dos direitos de personalidade, sobressaem o Humanismo, a partir do Século XVI, o Movimento Iluminista e o processo de codificação e constitucionalização, a partir do Século XVIII. Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica.<sup>284</sup>

Para Milton Fernandes,<sup>285</sup> dois episódios são marcantes para a discussão dos direitos de personalidade. O primeiro, em 1819, na França, cunhou a expressão *mur de la vie privée* durante a discussão de um projeto de lei de imprensa. O segundo, em 1858, foi o caso de uma atriz francesa, quando se entendeu que “ninguém pode, sem o consentimento formal da família, reproduzir e dar à publicidade os traços de uma pessoa em seu leito de morte, qualquer que tenha sido a celebridade desta e a publicidade, maior ou menor, ligada aos atos de sua vida.”<sup>286</sup>

Também decisiva a contribuição da doutrina cristã para a consolidação dos direitos da personalidade: Tomás de Aquino desenvolveu a tese de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, tornando inviolável que se lhe suprimisse a qualidade de pessoa. A concepção tomista enfatiza a pessoa como impressão da ciência de Deus, com inerente dignidade em sua alma. Também merece destaque a contribuição de Kant, que afirmou a noção do homem como um fim em si mesmo, dotado de autonomia, existindo por si, e não apenas como meio para o uso arbitrário de uma ou de outra vontade, sugerindo: “age

<sup>282</sup> DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008, p.169-170.

<sup>283</sup> MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In.: CHAVES, Antônio, *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 107.

<sup>284</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, Vol. VII, Tomo VII, p. 6.

<sup>285</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.18.

<sup>286</sup> Dois fotógrafos, contratados para reproduzir a imagem da atriz em seu leito de morte, descumpriram o compromisso de resguardo e disponibilizaram as fotos à pintora O'Connell, que as reproduziu em desenhos expostos ao público. A pedido da família da atriz, o Tribunal de Seine determinou a apreensão do original e das várias provas fotográficas. Cf. BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 20.

de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".<sup>287</sup>

Com efeito, é por meio dos direitos de personalidade que se protege a essência da pessoa, que se protegem suas principais características. O objeto do direito de personalidade constitui-se, pois, de bens e valores considerados essenciais para o ser humano.<sup>288</sup> Portanto, nos direitos de personalidade, não há confusão entre sujeito e objeto de direito.

Também não se confundem personalidade e capacidade jurídica, uma vez que a personalidade cada vez mais é afirmada como valor, estando mais próxima da ideia de dignidade da pessoa humana.

Para De Cupis,<sup>289</sup> no ordenamento jurídico há uma hierarquia entre os bens. O objeto dos direitos da personalidade são os bens de maior valor jurídico, sem os quais outros perderiam valor.

Que dizer da origem dos direitos da personalidade?

Os jusnaturalistas concebem-nos como direitos naturais. Entre os positivistas – que concebem o direito inserido num momento histórico –, encontram-se aqueles que os consideram direitos outorgados à sociedade pelo Estado, sendo direitos de personalidade apenas os que derivem da lei *lato sensu*, como norma posta pelo Estado.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos:<sup>290</sup>

[...] de acordo com a natureza das coisas, a personalidade é uma qualidade inerente a quem seja pessoa humana. Esta qualidade não é atribuída pelo Direito, que se limita a reconhecê-la. Sobretudo, não podem o Direito nem a Lei, privar de personalidade alguma pessoa humana, seja ela quem for. A personalidade da pessoa humana é matéria supra-legal e mesmo supra-jurídica, está fora do domínio determinante da lei, mesmo da lei constitucional. Qualquer limitação à personalidade do ser humano é juridicamente inválida e insubsistente.

<sup>287</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Grundlegung zur metaphysik der sitten]. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret 2005. p. 59.

<sup>288</sup> Cf. BERLIOZ, Pierre. *La notion de bien*. Paris: LGDJ, 2007. p. 487.

<sup>289</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade* [I diritti della personalità]. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

<sup>290</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Conferência proferida no curso de Pós-Graduação da UFMG em 19.08.2002.

Os direitos de personalidade são, pois, aqueles que asseguram a seu sujeito o domínio sobre uma parte componente da esfera da própria personalidade.<sup>291</sup>

“Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana.”<sup>292</sup>

No Brasil, Rubens Limongi França, um dos precursores do estudo dos direitos de personalidade, define-os como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.<sup>293</sup>

Os direitos de personalidade não são *numerus clausus*. O tecido jurídico em que se inserem acha-se em contínua expansão, constituindo uma série aberta de vários tipos, podendo-se falar também, conforme a doutrina italiana, em direito geral de personalidade, que abarcaria todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuras.

Portanto, para sua definição, há duas correntes: a pluralista e a monista. Ao analisar as situações subjetivas existenciais, Perlingieri aponta a divergência doutrinária: alguns falam de um direito geral de personalidade, outros de uma pluralidade de direitos de personalidade.<sup>294</sup>

Paulo José da Costa Júnior<sup>295</sup> concebe a proteção dos direitos de personalidade na forma de uma série aberta de direitos, filiando-se à concepção pluralista, segundo a qual existem diversos direitos de personalidade, ainda que numa lista não exaustiva, afastando-se, pois, a ideia de um direito geral. Capelo de Souza<sup>296</sup> desenvolve a tese do direito geral. Para ele, a multiplicidade da vida e as crescentes e complexas necessidades do homem contemporâneo vêm contribuindo para a consolidação de um direito geral de personalidade, como matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade.

<sup>291</sup> MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito de personalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 590, dez./1984, p.15.

<sup>292</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, abr./jun. 1998, p.125.

<sup>293</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 321.

<sup>294</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil* [Profiti del diritto civile]. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153-155.

<sup>295</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-61.

<sup>296</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.84-85.

De fato, no âmbito do Direito português, é significativa a extensão de reconhecimento e proteção dos bens de personalidade, talvez em razão do conteúdo aberto do art. 70º do Código Civil.

Segundo Diogo Leite de Campos,<sup>297</sup> o direito geral da personalidade compreende, inclusive, a liberdade da pessoa de se deslocar no espaço e de escolher seu domicílio.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges:<sup>298</sup>

[...] a concepção dos direitos de personalidade como uma série aberta de direitos encontra fundamento no art. 1º, III, da Constituição, que estabelece a dignidade humana como princípio fundamental, e no § 2º do art. 5º, que amplia a proteção da pessoa a todas as circunstâncias necessárias à garantia de sua dignidade, independentemente de tais garantias estarem previstas expressamente.

Igualmente, para Elimar Szaniawski,<sup>299</sup> o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado como verdadeira cláusula geral constitucional de tutela da personalidade. Em verdade, pouco importa o tratamento conferido ao direito de personalidade – de forma autônoma ou unitária. O importante é atribuir proteção ampliada à pessoa nos seus mais diversos âmbitos e necessidades, aí inseridos a vida, o corpo, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, a imagem, a privacidade, a intimidade, o nome e o segredo. Segundo Dany Cohen,<sup>300</sup> “os direitos à...” são direitos subjetivos representativos da nossa época.

## 1.2 Características dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são imprescritíveis ou vitalícios, ou seja, não se extinguem senão ao findar da personalidade jurídica da pessoa. Afirmam-se ainda que são

<sup>297</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2.ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p. 49.

<sup>298</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.29.

<sup>299</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.23.

<sup>300</sup> COHEN, Dany. Le droit à... In.: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999. p. 399.

perpétuos, visto gozarem de proteção mesmo depois da morte do titular.<sup>301</sup> O caráter absoluto ou, contemporaneamente, não relativo, decorre da eficácia *erga omnes*, da sujeição passiva universal. A tutela geral da personalidade circunscreve-se ao respeito de todos aos bens da personalidade.

Seriam também indisponíveis, não suscetíveis de transmissão entre os sujeitos de direito? Características bem acentuadas por Capelo de Sousa<sup>302</sup> e que decorrem da essência mesma do ser, sendo seus atributos inseparáveis e necessários à sua própria subsistência.

O conteúdo do Código Civil português revela que a indisponibilidade não é absoluta, sob pena de ilicitude na comercialização da imagem, da voz e na disposição de partes do corpo humano para fins de transplante. O limite dessa indisponibilidade é, pois, a renúncia ao bem essencial.

Entretanto, não se pode alienar a vida, comercializar partes do corpo, renunciar à liberdade, dispor da essencialidade de estar em algum lugar. Enfim, não se pode renunciar à própria existência humana. Os bens da personalidade não podem, pois, ser avaliados economicamente, senão de forma indireta, sobretudo em situações de composição de danos. Os direitos da personalidade não integram a concepção vulgar de patrimônio, como conjunto de relações jurídicas avaliáveis em dinheiro.<sup>303</sup> Assim, tais direitos são também impenhoráveis, isto é, não podem responder por dívidas.

<sup>301</sup> Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 413.

<sup>302</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.402.

<sup>303</sup> KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 70. année, juillet-septembre, 1971, n. 3, p. 492.

## CAPÍTULO II DIREITO ESPECIAL DE PERSONALIDADE À MORADIA

A moradia pode ser analisada sob diversos enfoques e com variadas repercussões jurídicas. Os constitucionalistas dela tratam sob a perspectiva dos direitos fundamentais, e a clássica doutrina civilista, sob o acentuado enfoque dos direitos reais de conteúdo patrimonial. Haveria espaço, na relação de direito de personalidade, para a autonomia objetiva desse bem jurídico? Há quem duvide da existência mesma de um direito de personalidade à moradia.

Para Pontes de Miranda,<sup>304</sup> o direito à casa insere-se na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. Seria sem razão inseri-lo entre os direitos de personalidade, afirma.

José de Oliveira Ascensão afirma que somente os aspectos fundamentais da pessoa são objeto dos direitos de personalidade, são aspectos que apelam para uma noção substancial de pessoa humana, não havendo, pois, uma identificação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade. “Os direitos fundamentais vão muito mais longe, atribuem direitos a organizações, que não são já pessoas. Espraiam-se por direitos sociais, económicos e culturais, que não são direitos de personalidade. Abrangem as garantias, que em si não são direitos de personalidade.”<sup>305</sup>

Porém, a essencialidade do bem permitiria sua inserção e proteção tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto – e particularmente – no rol dos direitos da personalidade, apesar de direitos fundamentais e direitos da personalidade não serem termos equivalentes?

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. [...] Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos

<sup>304</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavaleanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Vol. VII, Tomo VII, p. 16.

<sup>305</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, v. 22, 2009, p. 25-26.

fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa.<sup>306</sup>

Segundo Dany Cohen,<sup>307</sup> parece haver um parentesco entre “os direitos à...” e os direitos fundamentais, em particular nas prerrogativas conferidas aos indivíduos que deles se beneficiam.

Os direitos da personalidade dizem dos direitos de eficácia não relativa, exprimem aspectos de proteção da pessoa de per si que não podem ser ignorados por ninguém. Os direitos fundamentais demarcam a proteção e garantia de bens dos cidadãos perante o Estado. A tônica e a relação entre eles são diferenciadas em razão do histórico atributo de soberania do poder público. Nesse aspecto, há direitos fundamentais que não se inserem necessariamente no catálogo dos direitos da personalidade, como o direito de petição, a garantia do júri, a irretroatividade da lei penal, entre outros.<sup>308</sup>

Para Milton Fernandes,<sup>309</sup> “os direitos da personalidade podem ser vistos nos direitos do homem, mas com eles não se confundem”.

Manuel Cândido Rodrigues entende que o caráter fundamental dos direitos não corresponde à sua previsão ou especificação no tecido constitucional, havendo necessidade de recurso a um critério de substância, sendo os direitos da personalidade materialmente fundamentais.<sup>310</sup>

Em meio à riqueza de pensamento e ao emaranhado de opiniões, vê-se que o maior desafio é compreender o direito à moradia, em razão da absoluta essencialidade do bem, como direito de personalidade, podendo a moradia ser entendida como manifestação de identidade pessoal, de privacidade, de intimidade, como expressão do direito ao segredo, como valor imprescindível à dignidade da pessoa humana, embora sem se confundir com esses valores ou bens e apresentando natureza jurídica autônoma em relação a eles.

<sup>306</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396. No mesmo sentido: CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 581.

<sup>307</sup> COHEN, Dany. Le droit à... In.: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999. p. 395.

<sup>308</sup> No mesmo sentido, GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 62, v. 216, out./dez., 1966, p. 7-8.

<sup>309</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 35.

<sup>310</sup> RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo código civil e os direitos fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, 2003, p.207.

Não seria o local de morada um aspecto fundamental e substancial da pessoa humana?

## 2.1 Moradia como manifestação do direito à identidade pessoal

A identidade é composta de dados que permitem, em uma sociedade, distinguir-se uma pessoa de seus semelhantes.

Pedro Pais de Vasconcelos esclarece que “toda a pessoa tem o direito à sua individuação, como pessoa única com uma dignidade própria, não susceptível de ser amalgamada na massa nem hipostasiada numa transpessoa”.<sup>311</sup>

O nome e o endereço são relevantes dados da identidade de qualquer pessoa, presentes comumente na primeira indagação sobre a identificação do interlocutor como forma de sua individuação. O local da moradia individualiza, identifica e distingue a pessoa, permitindo situar o ser no espaço. O endereço dá forma à dimensão espacial ao indivíduo.<sup>312</sup>

Ao ser humano atribui-se grande relevância não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma pessoa certa, individualizada, evitando confusão com os outros. Entre os mecanismos pelos quais pode realizar-se essa identidade pessoal, insere-se a moradia, guardiã da identidade, refúgio físico e psicológico do ser humano.<sup>313</sup>

Todo ser humano deve ser social e geograficamente fixado; caso contrário, sua imagem identitária é turva.<sup>314</sup>

Em síntese, não há dúvida de que a moradia está ao alcance da identidade.

<sup>311</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73.

<sup>312</sup> Cf. Título I, Capítulo III, Domicílio.

<sup>313</sup> DE BOTTON, Alain. *A arquitetura da felicidade* [The architecture of happiness]. Trad. Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 10.

<sup>314</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: PETIT-POUSSON, J. *L'identité de la personne humaine: étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 531.

## 2.2 Moradia como expressão do direito à privacidade, à intimidade e ao segredo

Moradia e vida privada mantêm relações estreitas; vivem em total simbiose.<sup>315</sup> Toda pessoa tem o direito de resguardar-se, de estar ao abrigo da atenção ou da curiosidade alheias. E, para Milton Fernandes,<sup>316</sup> “cada um de nós tem o direito de manter secreta a intimidade de sua existência, a fim de não se transformar em pasto à curiosidade e à malícia públicas”.

Afirma Pedro Pais de Vasconcelos<sup>317</sup> ser “proibido espreitar para dentro da casa dos outros, mesmo sem revelar o que aí se vê”. E por quê? Porque moradia reflete a personalidade do seu ocupante, sendo a proteção desse espaço uma necessidade essencial, sobretudo como garantia da intimidade do ser.<sup>318</sup>

Todos os âmbitos do viver humano merecem uma delimitação. Positiva e negativa. O titular do direito pode exigir e realizar a proteção da sua privacidade, da sua intimidade e dos seus segredos. E a todos, sem distinção, é vedado invadir essas esferas ou espaços de proteção.

A tutela da vida privada e do ser íntimo alcança vários espaços. Para Diogo Leite de Campos, “[...] a pessoa não é só privada, íntima, reservada, quando passa a porta da sua morada, corre as cortinas. Na rua, nos edifícios públicos, nos jardins, a pessoa continua envolta numa esfera privada: veste-se, manifesta-se, como entender, sem que os outros possam invadir essa esfera”.<sup>319</sup> A pessoa, no dizer do autor, é um espaço de exclusão, por ser pressuposto da sua existência a não interferência dos outros em sua vida.<sup>320</sup>

O âmbito material dessa proteção é tratado por alguns autores em três esferas concêntricas: as esferas da vida privada, da vida íntima e dos segredos:

<sup>315</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: PETIT-POUSSON, J. *L'identité de la personne humaine: étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 533.

<sup>316</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81.

<sup>317</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 83.

<sup>318</sup> GLEIZE, Bérengère. *La protection de l'image des biens*. Paris: Defrénois, 2008. p.348.

<sup>319</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995. p. 97.

<sup>320</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995. p.11.

[...] da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, é óbvio, como determinadas pessoas, que privam com o indivíduo, no âmbito mais amplo da esfera privada stricto sensu. Finalmente, no âmago da esfera privada, está o menor dos círculos concêntricos, que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo, Geheimsphäre. Ela compreende a parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas. Desta esfera não participam sequer as pessoas da intimidade do sujeito.<sup>321</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Paulo José da Costa Júnior<sup>322</sup> e de Capelo de Sousa<sup>323</sup> sobre as várias esferas da vida privada.

Atualmente, o desafio não é mais reconhecer esses direitos ou círculos de proteção, mas sim efetivá-los em face das mais modernas e complexas formas de violação ou invasão.

A reconstrução do *mur de la vie privée* parece ser uma constante necessidade. Nesse sentido, Daniel Gutmann<sup>324</sup> retoma muitos autores, apontando uma vinculação da vida privada a um espaço. Para ele, a vida privada é um setor, uma esfera ou um domínio reservado, no qual a casa ganha dimensão fundamental. A morada passa a ser vislumbrada como elevada expressão e necessidade de privacidade, de intimidade e dos segredos, e a casa é o refúgio do ser contra injustificadas e ilícitas ingerências exteriores.

As mais remotas medidas de resguardo à vida privada têm origem na tutela do direito à propriedade imobiliária, nas formas de proteção da intimidade da casa contra a curiosidade dos vizinhos. Os limites espaciais da casa são as primeiras formas de exteriorização da personalidade.<sup>325</sup>

Paulo José da Costa Júnior<sup>326</sup> também insere tal proteção – que denominou de segredo doméstico – no âmbito do direito à intimidade.

<sup>321</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 71.

<sup>322</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-31.

<sup>323</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.326-327.

<sup>324</sup> GUTMANN, Daniel. *Le sentiment d'identité: étude de droit des personnes et de la famille*. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 215.

<sup>325</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336.

<sup>326</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

Para Gaston Bachelard,<sup>327</sup> a imagem da casa torna-se a topografia do nosso ser íntimo. A casa deve ser o espaço da intimidade protegida. Somente habita com intensidade aquele que soube se encolher. Encolher-se, pois, pertence à fenomenologia do verbo habitar.

Segundo Martine Barré-Pépin,<sup>328</sup> a casa é um espaço privado em que é possível se abster das obrigações sociais e do olhar de outrem, e a moradia é uma área de intimidade e de hospitalidade, um espaço em que cada um se encontra ao abrigo e é mestre de si. Barré-Pépin noticiou interessante decisão<sup>329</sup> reconhecendo que publicação, pela imprensa, não consentida de fotografia da casa, com o nome do proprietário e sua localização, configura atentado à vida privada.

Com efeito, a jurisprudência francesa, fundada no art. 9º do Código Civil, vem reconhecendo violação da vida privada quando a difusão não consentida da imagem do local de morada puder identificar sua localização e seus ocupantes, pouco importando serem eles celebridades ou não.<sup>330</sup>

A doutrina sempre menciona conhecida decisão em que a Justiça francesa julgou procedente pretensão do príncipe e da princesa de Mônaco contra jornal que havia publicado a fotografia de sua residência parisiense, bem como divulgado o endereço do imóvel. Entenderam os julgadores que a simples divulgação do endereço do local de morada de uma pessoa sem seu consentimento constitui atentado à vida privada, em razão dos riscos de indiscrição ou atos de malevolência.<sup>331</sup>

Antecedendo a esse julgado e influenciando o conteúdo do art. 9º do Código Civil francês, muito referenciado também é o caso Jean Ferrat, conhecido artista. Em 21 de fevereiro de 1967, o semanário francês *France-Dimanche* publicou artigo revelando, entre outros, o endereço parisiense do artista, seu número de telefone e o local de sua residência secundária. Reconhecendo a violação do respeito à vida privada do artista e de sua esposa, o Tribunal de Paris condenou o semanário, sendo a decisão confirmada pela Corte de Apelação em acórdão de 15 de maio de 1970. Restou assentado, então, que o respeito à vida privada é o

<sup>327</sup> BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*, 10. éd, Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 18-20.

<sup>328</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*, Paris: Litec, 2009, p.81 e 101.

<sup>329</sup> Cass. 2. Civ., 5 juin 2002; RTD Civ. 2003, p. 681.

<sup>330</sup> GLEIZE, Bérengère. *La protection de l'image des biens*. Paris: Defrénois, 2008, p. 356.

<sup>331</sup> GLEIZE, Bérengère. *La protection de l'image des biens*. Paris: Defrénois, 2008, p. 357.

direito de qualquer pessoa de conduzir livremente sua existência com o mínimo de ingerências exteriores.<sup>332</sup>

Com efeito, o ser humano sempre procurou um “cantinho” para sua intimidade, um espaço para seus sonhos e devaneios. Quem nunca ouviu a angústia da expressão “estou sem lugar”?

Para Alain Pousson,<sup>333</sup> o grupamento familiar pode ser a melhor ou a pior das realidades, uma vez que testemunha uma solidariedade e uma generosidade dignas de elogios, mas é também fator de tensões e mesmo de desagregação quando as dimensões da moradia deixarem de permitir a cada um o isolamento e a pretensão a um mínimo de espaço vital.

O ser do homem é um ser espacial, sua intimidade tem a necessidade de uma morada.

Ainda que o universo possa entrar por todas as janelas e portas da casa, como nos versos de Thiago de Mello,<sup>334</sup> essa entrada deve ser consentida pelo sujeito de intimidade que faz da sua morada o *locus* de resguardo e refúgio.

O art. 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem determina que toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.

No Brasil, a Constituição da República, no art. 5º, inciso VI, prevê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

A proibição do art. 1.301 do Código Civil – de abertura a menos de metro e meio de janela, eirado, terraço e varanda – nada mais objetiva que a tutela da intimidade da morada, vedando a indiscrição da vizinhança.

<sup>332</sup> NERSON, M. Roger. Jurisprudence française en matière de droit civil: Personnes et droits de famille. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 70. année, janvier-mars, 1971, n. 1, p. 114-117.

<sup>333</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: PETIT-POUSSON, J. *L'identité de la personne humaine: étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 545-546.

<sup>334</sup> THIAGO DE MELLO. *Os estatutos do homem*. “Artigo III: Fica decretado que, a partir deste instante, haverá girassóis em todas as janelas, que os girassóis terão direito a abrir-se dentro da sombra e que as janelas devem permanecer, o dia inteiro, abertas para o verde onde cresce a esperança.”

A violação da intimidade do lar, além das respostas no plano do direito privado, encontra tipificação no art. 150 do Código Penal brasileiro, sob a rubrica *violação de domicílio*.

Também na França, a violação do domicílio encontra tutela penal (art. 226-4, Code Penal), restando definida como atentado à própria personalidade e à vida privada.

Segundo Capelo de Sousa,<sup>335</sup> a preocupação com a proteção do lar remonta à época clássica de Roma, nos termos da conhecida *Lex Cornelia*.

A tutela da privacidade alcança também os espaços de ocupação ocasional ou transitória. Consoante o Supremo Tribunal Federal, a proteção constitucional dispensada à casa de moradia estende-se, entre outros espaços privados, ao quarto de hotel.<sup>336</sup>

Nesse mesmo sentido, Martine Barre-Pépin,<sup>337</sup> em interessante histórico da jurisprudência francesa, acentuou que os veículos dos nômades constituem sua moradia, com igual proteção da privacidade.

A privacidade e a intimidade da moradia devem ser compartilhadas com sua necessária segurança e o igual ambiente de tranquilidade entre os vizinhos. O art. 1.277<sup>338</sup> do Código Civil brasileiro determina a necessidade de resguardo e tutela dos bens da segurança e do sossego. Porém, como anotou Paulo José da Costa Júnior,<sup>339</sup> se, em 1940, com a promulgação do Código Penal, a *domus* poderia ser o asilo indevassável e tranquilo da pessoa, hoje poderá não ser, em razão do avanço crescente de técnicas como, por exemplo, a utilizada por *hackers*, que, silenciosamente, invadem as casas, devassando a vida privada, imiscuindo-se em ideias, dados e fatos pertinentes à intimidade.

<sup>335</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 53.

<sup>336</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 90376/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. j.03.04.2007.

<sup>337</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009. p.90-91.

<sup>338</sup> Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

<sup>339</sup> Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O direito ao respeito à vida privada, o direito à imagem, a proteção da honra, o segredo das correspondências, a proteção dos dados pessoais, todos esses são alguns aspectos da proteção da personalidade que podem ser abalados pela internet.<sup>340</sup>

Os limites materiais da casa (*my home is my castle*) deixaram de ser o refúgio absoluto contra injustificadas e ilícitas ingerências exteriores. O segredo e a intimidade da existência humana são objeto de diversificados ilícitos sem rosto. É, pois, urgente o aprimoramento das formas de tutela da intimidade do lar.

### 2.3 Moradia e dignidade da pessoa humana

Em todas as culturas, há presença de resquícios da existência de algum bem atribuído ao homem pelo elevado e natural fato de ser ele humano.

A ideia de dignidade tem uma longa história. A dificuldade de sua definição decorre, em parte, de toda essa historicidade. A dignidade da pessoa humana seria resultado de um entrelaçamento de diversas influências da Religião, da Filosofia e do próprio Direito. A dignidade pode ser indefinível, mas é um valor presente.<sup>341</sup>

E, embora de difícil conceituação, é um valor sempre presente em todas as reflexões envolvendo o ser humano. Vê-se, porém, que essa dignidade vem sendo empregada indistintamente: do fundamento da negativa de prisão do devedor fiduciário ao elevado valor de resolução de complexos e impensáveis conflitos envolvendo a genética. Essa utilização acrítica seguramente desgasta-lhe o valor, levando-a a lugar comum, a um vazio, sendo, portanto, imperioso restituir-lhe o elevado e histórico sentido.

<sup>340</sup> Cf. LEPAGE, Agathe. Les droits de la personnalité confrontés à l'internet. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008, p. 243-267.

<sup>341</sup> PAVIA, Marie-Luce. La dignité de la personne humaine. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008, p.149.

Em Antígona, de Sófocles, o homem é apresentado como maior milagre na Terra e como senhor de todos os seres vivos. “De tantas maravilhas, mais maravilhoso de todas é o homem.”<sup>342</sup>

O Cristianismo em muito contribuiu para a elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa humana: Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a terra.<sup>343</sup>

A dignidade humana é, então, fundada nessa expressão da Divindade, sendo o ser, a quem foi atribuída autodeterminação, a imagem de seu Criador, com fundamento na misteriosa existência, na revelação divina a Moisés: “Eu sou Aquele que Sou.”<sup>344</sup>

A unidade e a igualdade essenciais entre os seres humanos são ressaltadas por Paulo: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus.”<sup>345</sup>

Nesse sentido, Jacques Maritain<sup>346</sup> define a fórmula mais profunda do princípio de identidade: o ser não é o não-ser, o ser é o que existe, é uma perfeição, tem recursos e mistérios. Para Xavier Zubiri, “o homem é uma maneira finita de ser Deus”.<sup>347</sup>

No período inicial da Idade Média, Boécio definiu a pessoa como substância individual de natureza racional (*persona est rationalis natura individua substantia*), pensamento retomado posteriormente por Tomás de Aquino, para quem somente é pessoa aquele que existe por si. Pessoa é *subsistens in rationalis natura*.<sup>348</sup>

O renascentista italiano Pico Della Mirandola<sup>349</sup> reconheceu o ser humano como mensageiro da criação, intérprete da natureza inteira pela agudeza dos sentidos, pela inquirição da mente e pela luz do intelecto. Para ele, o ser humano é o traço de ligação entre a eternidade imóvel e o tempo transitório.

<sup>342</sup> SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donald Schuler. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 28.

<sup>343</sup> Cf. Gn. 1, 26.

<sup>344</sup> Cf. Ex. 3,14.

<sup>345</sup> Cf. Gl. 3,28.

<sup>346</sup> MARITAIN, Jacques. *Sete lições sobre o ser* [Sept leçons sur l'être]. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996. p. 98.

<sup>347</sup> ZUBIRI, Xavier. *El hombre y Dios*. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985. p. 381.

<sup>348</sup> Cf. GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008. p-27-28.

<sup>349</sup> MIRÁNDOLA, Pico Della. *A dignidade do homem* [Oratio de hominis dignitate]. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985. p. 37-38.

Nos dias atuais, a dignidade da pessoa é tratada como um conceito vago e impreciso. Na verdade, não se trata de conceito de direito positivo, embora caiba ao Direito a função de reconhecê-la e protegê-la. A dignidade deve ser entendida como valor intrínseco ao ser humano, como atributo da pessoa humana individualmente considerada e também como fundamento do Estado, do Direito e da Sociedade.

A dignidade é valor atribuível ou intrínseco a todo ser humano; é valor indistinto, inalienável e inerente à pessoa em toda sua trajetória de vida, independentemente dos seus percalços ou incertezas.

A dignidade é o valor da pessoa em si, mas somente se realiza com o outro e mediante o acesso a bens essenciais. A existência humana é indiscutivelmente relacional.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>350</sup>

[a dignidade da pessoa humana é] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Constituição da República de 1988 refere-se à dignidade da pessoa como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Se é fundamento, como acentua José Afonso da Silva,<sup>351</sup> é valor supremo de toda a ordem jurídica, está na base de todas as relações da vida nacional, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais da pessoa humana desde a vida iniciante. É princípio absoluto, universal, não comportando, pois, nenhuma relativização.

Ainda Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>352</sup>

[...] a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Todavia,

<sup>350</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

<sup>351</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p.92.

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44-45.

importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.

O Código Civil francês, no art. 16, também enuncia que a lei assegura a primazia da pessoa, proíbe todo atentado à sua dignidade e garante o respeito ao ser humano desde o começo da vida.

O valor universal da dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e dever de todos e de cada um, à medida que qualquer pessoa tem o dever de observar a dignidade do outro, não podendo violá-la, devendo promovê-la, assegurando-lhe eficácia plena, e não relativa:

Por ser parte de um grupo e porque a isso está ligada a conservação da espécie humana, o indivíduo respeita o semelhante, na indomável ânsia de, com essa atitude, ver e sentir comportamento recíproco por todos os seres que com ele se comunicam.<sup>353</sup>

Todos são iguais em dignidade, e a todos deve ser atribuída e observada essa dignidade. A toda pessoa é atribuída liberdade para agir conforme sua consciência e suas necessidades, desde que suas ações não atentem contra a natureza humana ou à igual natureza de seu semelhante.

Contudo – e de forma paradoxal –, quanto maior for a violação dos direitos vitais da pessoa, maior será a emergência do valor da sua dignidade, pois ainda que o homem mude, sua dignidade deve ser invariavelmente preservada.<sup>354</sup>

É assim que, a partir do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, podem ser justificados e fundamentados diversos direitos da personalidade:

[...] são direitos de personalidade todos aqueles sem os quais a dignidade fique ferida de um modo tal que a pessoa não seja tratada como pessoa humana, com toda dignidade que lhe pertence, mas como um animal. Do

<sup>353</sup> PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. *As três figuras básicas da teoria geral do processo*. 1999. 194 f. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 1999. p. 10.

<sup>354</sup> BADINTER, Robert. La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.125.

mesmo modo, devem ser reconhecidos como de personalidade todos os direitos, mesmo os direitos novos, que a dignidade humana exija.<sup>355</sup>

O conteúdo da dignidade pode ser preenchido como respeito às condições mínimas de vida e das suas condições materiais, sendo até mesmo a obtenção da casa própria e sua proteção decorrência da dignidade humana.

Há até mesmo quem considere ser o direito à moradia compreendido pelo valor da dignidade da pessoa humana: “o direito de moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que constitui a pedra nuclear, a base, o alicerce do direito civil constitucional. Por isso direito à moradia é direito civil constitucional”.<sup>356</sup>

Segundo Sérgio Sérulo da Cunha,<sup>357</sup> o direito à moradia integra o direito à subsistência, expressão mínima do direito à vida, e para Martine Barre-Pépin,<sup>358</sup> o princípio de salvaguarda da dignidade da pessoa humana é também o fundamento de condições decentes de moradia.

Na França, a lei relativa às liberdades e às responsabilidades locais (LRL), de 13 de agosto de 2004, consolidou o conteúdo obrigatório dos programas locais para o denominado *habitat* digno. As condições de alojamento contrárias à dignidade humana são, inclusive, objeto de sanção pelo art. 225-14 do Code Penal, o qual prevê que “o fato de submeter uma pessoa, abusando de sua vulnerabilidade ou de sua situação de dependência, a condições de trabalho ou de abrigo incompatíveis com a dignidade humana é punido com cinco anos de prisão e 150.000 euros de multa”.

<sup>355</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Conferência proferida no curso de Pós-Graduação da UFMG em 19.08.2002.

<sup>356</sup> GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.47-48.

<sup>357</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995, p. 49-54.

<sup>358</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009, p. 119-120.

## 2.4 Autonomia do direito à moradia

O bem moradia pode ser visto como expressão de direitos fundamentais ou de direitos humanos, conexo à identidade, à privacidade ou à intimidade, ou ainda como conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Porém, a diversidade de abordagem temática demonstra a dificuldade e a atualidade de defesa da autonomia objetiva da moradia.

Walter Moraes<sup>359</sup> pontua que um direito se qualifica como de personalidade se tiver por objeto bem essencialmente integrante da personalidade do homem. Sem nenhuma sombra de dúvida, o espaço de morada é algo íncerto à existência humana, ao seu necessário, livre e integral desenvolvimento. Dizer que moradia é expressão ou bem que se insere no catálogo aberto da dignidade da pessoa humana é uma verdade que não explica, porque, assim como todos os direitos são da pessoa, todas as relações jurídicas devem garantir e observar o valor da sua dignidade. A nota de relevo é a essencialidade da moradia para a constituição e o pleno desenvolvimento da pessoa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia objetiva do bem “moradia” decorre, além do art. 5º, XI, também do disposto no art. 6º da Constituição da República. O local de morada é bem jurídico autônomo, ainda que tenha por função a tutela da privacidade, da intimidade ou da identidade pessoal.

O direito à moradia vale por si só.

Os óbices que se apresentam a essa autonomia decorreriam do caráter externo do bem moradia, de seus reflexos patrimoniais e ainda de sua alegada disponibilidade.

Há quem entenda que, no caso dos atributos da personalidade, os bens jurídicos são internos ao sujeito titular, melhor dizendo, o titular do bem jurídico traz o bem consigo mesmo.

---

<sup>359</sup> MORAES, Walter. Direito à própria imagem. Parte I. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, set. 1972, p. 73.

Para San Tiago Dantas,<sup>360</sup> os direitos de personalidade distinguem-se de outras categorias jurídicas porque têm por conteúdo bens internos, que se encontram no próprio homem, e de cujo gozo ele não pode ser privado sob pena de sofrer grave mutilação nos seus interesses. Ao lado dos bens exteriores ou externos, que são coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, existiriam bens interiores que aderem à personalidade humana.

Na verdade, o reconhecimento dos direitos de personalidade não decorre de uma relação de continência (externo ou interno), mas sim de uma relação de conteúdo. Retomando, uma vez mais, a lição de Walter Moraes, determinado direito qualifica-se como de personalidade pela essencialidade do bem. Não há dúvida de que o espaço de morada é primordial ao desenvolvimento da personalidade.

Ainda assim, é conclusiva a advertência de Capelo de Sousa de que “a tutela da personalidade humana exige não apenas a protecção dos seus bens interiores mas também o resguardo e a preservação do seu espaço vital, ou seja, das condições externas, sociais e ambientais, essenciais à sua gênese, à sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento [...]”.<sup>361</sup>

De outro lado, o conteúdo do direito subjetivo não se confunde com seu objeto.<sup>362</sup> A essencialidade do espaço existencial não pode ser confundida com as formas de sua realização, com objetos sobre os quais incide o poder do seu titular.

Vê-se que a moradia não se confunde com o direito de posse ou de propriedade, tampouco com a escolha ou a fixação do domicílio. A singularidade da moradia transcende aspectos genericamente materiais.

A possibilidade de a morada ser objeto da autonomia privada, sendo negociável, com manifesta repercussão econômica ou patrimonial, também não suprime sua natureza de bem de personalidade.

Ainda que assentado que o conteúdo do direito subjetivo não se confunde com o objeto, é relevante também o contemporâneo entendimento de relativização da característica de indisponibilidade do direito de personalidade.

<sup>360</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Taquigrafado por Victor Bourhis Jurgens. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 149-159.

<sup>361</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 184.

<sup>362</sup> DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008. p. 168-169.

Como afirma Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “cmbora a intransmissibilidade a irrenunciabilidade, a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade sejam características presentes na teoria geral dos direitos de personalidade, quando se analisam certos tipos desses direitos se percebe a relativa disponibilidade de alguns deles”.<sup>363</sup>

O direito à moradia, além da perspectiva negativa dos direitos de personalidade, pode e deve ser exercido de forma positiva, por intermédio da autonomia privada, sendo certo que – nunca é demais lembrar – os direitos de personalidade accitam a incidência da autonomia privada. Roxana Cardoso conclui que “o exercício positivo dos direitos de personalidade decorre do poder de autodeterminação das pessoas e é fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade”.<sup>364</sup>

E mais. Os direitos de personalidade ultrapassam a dimensão negativa de proteção contra ações de terceiros, tendo também dimensão positiva, que atribui a seu titular uma esfera de autonomia para exercê-los segundo seus interesses pessoais. Como outros direitos subjetivos, os direitos de personalidade representam posições de liberdade reconhecidas a seu beneficiário.<sup>365</sup>

Contemporaneamente, é comum a comercialização da imagem e da voz. Igualmente, são conhecidas as formas contratuais de relativização da vida privada. O corpo é limitadamente disponível, valendo-se como exemplo a doação não remunerada de partes do corpo humano para fins terapêuticos.

O Código Civil português, no art. 81º, reconhece a possibilidade de restrição voluntária dos direitos de personalidade. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos,<sup>366</sup> trata-se da permissão de negócios jurídicos que tenham por objeto bens de personalidade, ou seu uso e tutela. A questão é o limite à autonomia privada no exercício desses direitos.

O limite é o eu e o outro.

Ninguém pode dispor dos direitos de personalidade a ponto de renunciar sua qualidade de pessoa. Ninguém pode exercer direito subjetivo prejudicando a si ou a outrem.

<sup>363</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

<sup>364</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 247.

<sup>365</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Livro I, Tomo III, p. 107.

<sup>366</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 165.

Reflexos patrimoniais da moradia não a qualificam como bem ordinário. Como expressão e essencialidade da pessoa humana, o espaço de morada conserva toda sua elevada especificidade.

O direito privado protege genericamente o espaço de moradia mediante os requisitos do negócio jurídico. Especificamente, reconhece a impenhorabilidade do bem de família legal, o direito real de habitação, as modalidades especiais de usucapião, como também veda negócios jurídicos gratuitos que possam prejudicar a subsistência da pessoa.

Ainda que, no âmbito reconhecidamente regular da esfera da autonomia privada, a pessoa venha a perder o local de sua morada, a disposição do bem não enseja renúncia ao direito subjetivo de moradia, pois ninguém pode renunciar à sua condição de estar em algum lugar. Ainda que o sujeito de direito possa ser privado da quase totalidade dos seus bens patrimoniais, a esfera mínima e essencial de bens morais lhe é reservada.

Conforme Sérgio Iglesias Nunes de Souza, embora haja a possibilidade de uma variação do exercício do direito de moradia quanto a determinado local, tal direito não pode ser considerado alienável. “Este (direito) não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo, e é nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano, e daí é que surge a sua inalienabilidade”.<sup>367</sup>

Para Martine Barré-Pépin,<sup>368</sup> a moradia é também atributo da personalidade, é elemento essencial da proteção individual: lugar de vida e de intimidade, de repouso e de plenitude para a pessoa, sozinha, em casal ou em família. O autor admite ainda que a localização e a identificação jurídicas dos indivíduos dependem do domicílio e, mais frequentemente, da habitação, afirmando também que a moradia determina um espaço para as liberdades, condicionando o exercício dos direitos fundamentais concernentes ao “ser”, à integridade física e moral, à vida privada e à dignidade da pessoa. Em seu entendimento, as prerrogativas individuais ligadas à moradia constituem o campo das liberdades e dos direitos da personalidade - fora do comércio jurídico e das trocas, tais direitos protegem a pessoa em sua moradia, sendo indisponíveis, inacessíveis, intransmissíveis, impenhoráveis e irrenunciáveis.

<sup>367</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117-118.

<sup>368</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009. p.79.

## 2.5 Relação do direito de personalidade à moradia

Walter Moraes<sup>369</sup> observa que os direitos da personalidade compõem uma espécie de relação jurídica semelhante à relação de direito real, daí por que, inicialmente, alguns teóricos os consideraram espécie de propriedade *in se ipsum*, havendo considerar um mínimo de homogeneidade estrutural entre os direitos reais e os direitos da personalidade.

Valendo-se das teorias de Larenz, Miguel Nogueira de Brito<sup>370</sup> classificou as relações jurídicas em especiais e latentes. As primeiras, tais quais as obrigacionais, são aquelas em que apenas participam duas ou poucas pessoas individualmente determinadas. As relações jurídicas latentes são aquelas em que se integram os direitos da personalidade e a propriedade, ou seja, os direitos não relativos. A natureza da relação de direito de personalidade seria, pois, não relativa. Para Walter Moraes, “um direito absoluto como a propriedade, mas logo se distingue da propriedade porque esta é eminentemente prescindível e aquele, sendo essencial, é coisa de que se não pode privar um sujeito”.<sup>371</sup> Assim, no âmbito da relação de direito de personalidade à moradia, o titular do bem essencial e irrenunciável pode exigir o respeito universal a essa esfera de proteção.

Um comportamento positivo também é exigível, quando instituída, por lei ou pela vontade, obrigação dessa natureza. Assim, há obrigação de o poder público garantir eficácia plena ao direito à moradia, sobretudo aos indivíduos desprovidos minimamente de recursos econômicos. Para Sérgio Sérulo da Cunha,<sup>372</sup> cabe ao Estado, em primeiro lugar, promover todas as medidas que assegurem esse direito.

A relação do direito de personalidade à moradia tem conteúdo intrínseco e extrínseco. Protege-se e reconhece-se a moradia da pessoa que exerce o direito subjetivo objetivando a satisfação do seu legítimo interesse existencial (conteúdo intrínseco). A satisfação desse interesse vital não pode causar prejuízo a terceiro, ou seja, a igual observância da situação jurídica de outrem também é um imperativo da relação jurídica.

<sup>369</sup> MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil. In.: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 127.

<sup>370</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 894-895.

<sup>371</sup> MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil. In.: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 127.

<sup>372</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995, p. 52.

Capelo de Sousa<sup>373</sup> afirma a existência de limites internos e externos emergentes da estrutura dos poderes e deveres jurídicos que integram o conteúdo do direito geral de personalidade.

No âmbito da vizinhança, são mais visíveis os direitos e deveres correlatos da relação universal de direito à moradia. Todos e cada um têm o direito de ser e de realizar-se no espaço de sua casa, daí por que as interferências prejudiciais ao espaço alheio devem ser prevenidas e reprimidas.

Quais seriam as formas de tutela e garantia desse direito especial de personalidade?

## 2.6 Tutela e garantia do direito de personalidade à moradia

Excepcionalmente, admite-se a tutela privada da moradia. Qualquer pessoa, em face de uma ofensa ou da iminência de dano ao espaço de sua morada, pode defendê-la mediante emprego de força própria.

Há situações em que, pela urgência, afigura-se justificado o emprego da justiça privada, sobretudo no âmbito da necessária tutela dos direitos de personalidade. Tradicionalmente, a legítima defesa e o desforço imediato são utilizados como mecanismos de autotutela.

A lei brasileira expressamente reconhece ao possuidor turbado ou esbulhado a legitimidade de atos de defesa própria da sua situação jurídica.<sup>374</sup>

Ampliando o âmbito de tutela e garantia do espaço de moradia, merece relevo a reconhecida autonomia das ações possessórias e das pretensões petitorias. No Brasil, há muito assentada a supressão da *exceptio proprietatis* no âmbito de pretensões possessórias.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 517-522.

<sup>374</sup> Art. 1.210. §1. do Código Civil: O possuidor turbado ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

<sup>375</sup> Nas ações tipicamente possessórias, a proteção da posse é a causa de pedir e o pedido. As ações petitorias, embora possam proteger a posse, têm por fundamento a propriedade. São ações possessórias típicas:

A ofensa ilícita aos bens de personalidade pode ser também objeto de pretensões de responsabilidade civil, ressaltando-se que o conceito de responsabilidade é corolário indispensável do conceito de liberdade, e que a responsabilidade é filha da liberdade.<sup>376</sup>

A autonomia privada pressupõe o exercício legítimo de direitos em consonância com todos os valores, princípios e normas socialmente aceitáveis.

A responsabilidade tem uma dimensão positiva e negativa, de modo que o titular do direito subjetivo, sem violar ou invadir a esfera jurídica alheia, deve exercer sua pretensão buscando satisfazer seus interesses.

O caráter genérico dessa proteção é reconhecido por vários ordenamentos jurídicos.

No Direito francês, com fundamento no art. 1.382 do Código Civil, qualquer pessoa que, culposamente, cause dano a outrem é obrigada a reparar.

No Direito português, o Código Civil reconhece a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.<sup>377</sup>

Contudo, a violação dos bens de personalidade é dificilmente reparável.<sup>378</sup> Como acentua Pedro Pais de Vasconcelos,<sup>379</sup> ainda que a indenização tenha valor econômico elevado, ela dificilmente apaga o sofrimento da vítima ou a memória da comunidade. O dinheiro serve como medida compensatória, mas também como sanção ao comportamento que causou o prejuízo.<sup>380</sup>

Assim, ganha destaque a tutela civil do direito de personalidade mediante mecanismos de prevenção e de tutela específica. O aprimoramento dos instrumentos processuais vem permitindo várias formas de tutela de urgência.

manutenção, reintegração de posse e o interdito proibitório. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. Interditos possessórios. *Revista de processo*, n.52, São Paulo, out./dez. 1988, p. 171.

<sup>376</sup> GLEIZE, Bérengère. *La protection de l'image des biens*. Paris: Defrénois, 2008, p. 301.

<sup>377</sup> Art. 483º.

<sup>378</sup> Segundo Capelo de Sousa, os danos de ordem moral "sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exactamente indemnizados [...]"(CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 458).

<sup>379</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 128.

<sup>380</sup> BERLIOZ, Pierre. *La notion de bien*. Paris: LGDJ, 2007, p. 221.

Os espaços de morada passam a ser tutelados por medidas cautelares, típicas e atípicas, por mecanismos de antecipação dos efeitos da tutela, por preceitos cominatórios e obrigações específicas.

Segundo o art. 9º do Código Civil francês, toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano suportado, prescrever todas as medidas necessárias para impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; essas medidas podem ser deferidas como tutela de urgência.

No mesmo sentido, o art. 70º-2 do Código Civil português prescreve que, independentemente da responsabilidade civil, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer providências adequadas, para evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já consumada.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que só pode haver ingerência de uma autoridade pública no exercício, inclusive, da inviolabilidade do domicílio, se essa ingerência estiver prevista em lei e se constituir em medida necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infrações penais, à proteção da saúde ou da moral ou à proteção dos direitos e das liberdades dos outros.<sup>381</sup>

No ordenamento nacional, a par da tutela geral do art. 927 do Código Civil, dispõe o art. 12 que se pode exigir medida de cessação de ameaça ou lesão a direito de personalidade sem prejuízo de perdas e danos e outras sanções legais.

A jurisprudência criminal vem sancionando também as diversas formas de violação da intimidade do lar.

Contudo, entre todos os mecanismos de tutela e de garantia do direito de personalidade à moradia, merece destaque a defesa da denominada desapropriação privada ou desapropriação judicial indireta.

---

<sup>381</sup> POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: PETIT-POUSSON, J. *L'identité de la personne humaine: étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 537.

## **TÍTULO IV**

### **DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA**

A realização do direito de personalidade à moradia pressupõe complexos e instigantes desafios, havendo razões para se defender a efetividade do mecanismo da desapropriação privada ou judicial indireta. As possibilidades de concreção dos elementos indeterminados integrantes do seu conceito decorrem do pressuposto existencial do bem de morada.

## CAPÍTULO I DESAPROPRIAÇÃO: UMA VISÃO CLÁSSICA

A desapropriação é considerada a mais drástica interferência estatal na propriedade privada, é a própria negação da autonomia ou do domínio do titular do direito de propriedade, sob o fundamento da utilidade pública (*publica utilitas*), da necessidade pública (*publica necessitas*) ou mesmo do interesse social, “expressões de sentido equivalente, por mais que o tecnicismo jurídico insista em distingui-las”, conforme aponta Vicente de Paula Mendes,<sup>382</sup> para quem toda desapropriação deve buscar a realização do bem comum.

O direito fundamental de propriedade não alcança o direito do particular em conservá-lo em qualquer situação, mas apenas o direito de ser compensado por lesão a ele.

Segundo a clássica dogmática jurídico-constitucional da propriedade, sobressaindo um interesse socialmente mais relevante, não há que se falar em garantia de permanência da coisa no patrimônio particular, e sim em garantia do seu valor econômico.

Para muitos autores,<sup>383</sup> o fundamento da proteção da propriedade não decorre de seu aspecto estático, de sua mera pertinência subjetiva, mas de sua funcionalidade, de seu conteúdo dinâmico consubstanciado nos poderes-deveres de uso e fruição. Quando presente o interesse coletivo no exercício dessa funcionalidade, justificada está a desapropriação.

O instituto da desapropriação remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “ninguém poderá ser privado da propriedade, que é um direito inviolável e sagrado, senão quando a necessidade pública, legalmente verificada, evidentemente o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.<sup>384</sup>

Os administrativistas brasileiros conceituam a desapropriação como procedimento pelo qual o poder público, compulsoriamente e mediante pagamento de indenização, despoja alguém dos seus bens.

<sup>382</sup> MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação: doutrina, legislação e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 20.

<sup>383</sup> Cf. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

<sup>384</sup> Art. 17.

Ainda em conformidade com Vicente de Paula Mendes,<sup>385</sup> desapropriação é uma restrição ao direito de propriedade, tratando-se de substituição compulsória de determinado bem por seu valor em dinheiro.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>386</sup> desapropriação é uma forma de aquisição originária de propriedade pelo poder público, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo nos casos de desapropriação-sanção.

Segundo Hely Lopes Meirelles,<sup>387</sup> a desapropriação é o moderno instrumento estatal de remoção de obstáculos à execução de obras e serviços públicos, de implementação de urbanização e de justiça social.

Em uma breve resenha legislativa, pode-se encontrar a primeira referência nacional à desapropriação em decreto de 21 de maio de 1821, cujo conteúdo foi praticamente reproduzido pelo art. 179, n.º 22, da Constituição imperial de 1824.<sup>388</sup>

A primeira Constituição Republicana (1891) disciplinou as desapropriações por necessidade ou utilidade pública, as quais, posteriormente, foram reguladas pelo Decreto n.º 4.956, de 4 de setembro de 1903, revogado pelo vigente Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

O Código de 1916 também dispunha que se perdia a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou por utilidade públicas (art.590).

Os bens de conteúdo econômico podem ser desapropriados, inclusive os bens públicos.<sup>389</sup> Conforme previsão do art. 2º do Decreto-Lei n.º 3.365/41, todos os bens poderão ser desapropriados.

Do art. 5º. XXIV. da Constituição da República, consta o fundamento da desapropriação, comando de densidade normativa suficiente para justificar qualquer

<sup>385</sup> MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação: doutrina, legislação e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 28.

<sup>386</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 711.

<sup>387</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 512-513.

<sup>388</sup> Cf. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>389</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles: "Os bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 514).

desapropriação, o que permite afirmar que a regulação infraconstitucional pode não ser essencial.

A enumeração legal dos casos de desapropriação é meramente exemplificativa, uma vez que não há determinação constitucional sobre os casos de desapropriação. “Por isso, havendo a Carta Magna brasileira estabelecido como pressupostos ou condições da desapropriação a existência de uma causa de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social, caberá a expropriação sempre que tal causa ocorra, ainda que não prevista em lei, porque bastante a previsão constitucional”.<sup>390</sup>

Em comentário ao artigo 590 do Código de 1916, Carvalho Santos afirmara que a enumeração das hipóteses de expropriação seria meramente exemplificativa: “a tese constitucional talvez não se tenha esgotado e teremos então de passar além do Código para ficar dentro da Constituição”.<sup>391</sup>

Afirma-se que o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, e a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, foram recepcionados como diplomas que exemplificam possíveis hipóteses de expropriação,<sup>392</sup> particularmente no que concerne à urbanização e à implementação e melhoria das condições de moradia.

No entanto, é questionável o argumento segundo o qual não se desapropria em benefício de indivíduos ou determinada coletividade, pois não há óbice a que os bens desapropriados sejam transferidos a particulares. Na reconhecida desapropriação para fins de urbanização ou reurbanização e também de construção de casas populares, o poder público adjudica a coisa ao poder privado para fins, inclusive, de satisfação do direito à moradia.

No final da década de 50, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no conhecido caso do *Condomínio Sítio Pai Cará*, reconheceu a constitucionalidade da lei municipal que decretava a expropriação de determinado imóvel com a finalidade primordial de alienação em favor dos seus vários ocupantes sem-teto, que ali se encontravam

<sup>390</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.97.

<sup>391</sup> CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. Vol. VIII. p. 204.

<sup>392</sup> Contrariamente, entende Celso Antônio Bandeira de Mello: “as hipóteses legais de desapropriação são taxativas porque o art. 5º do Decreto-lei 3.365, ao enunciar os casos que embasam a desapropriação, na letra ‘p’, indica: ‘os demais casos previstos por leis especiais’. Logo, só se pode desapropriar fundado nas hipóteses previstas em lei, isto é, nas consideradas expressamente no Decreto-lei 3.365 ou em demais leis que regem a matéria” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 718).

irregularmente em razão da expansão do Porto de Santos. A desocupação dessa área configuraria, no entendimento do TJSP, problemas de graves e profundas repercussões sociais, concluindo-se, pois, pela manutenção dos possuidores naquele local, em face dos efeitos da desapropriação por interesse social e, igualmente, indenizando-se os proprietários do imóvel em valor justo.<sup>393</sup>

Também Seabra Fagundes<sup>394</sup> apontava a desapropriação urbanística como instrumento indispensável ao desenvolvimento ordenado e satisfatório das comunidades urbanas, ponto em que se destacam as hipóteses legais do Decreto-Lei n.º 3.365/41, sobressaindo o disposto no art. 2º, IV, da Lei n.º 4.132/62, segundo o qual se considera interesse social a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua moradia, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias. A Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, também cuida da desapropriação urbanística, assegurando ao poder público expropriação de áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvando a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades.

Ressalte-se que o grande nó é que o preço do bem tomado compulsoriamente pelo poder público não possibilita a efetiva recomposição patrimonial do particular, que, desalojado da sua única moradia, não tendo outro lugar para ir, nem mesmo condições econômicas suficientes para adquirir outros imóveis, passa a viver precariamente,<sup>395</sup> não raro fomentando ou incrementando o conhecido e perverso processo de favelização do espaço urbano. A imprensa nacional<sup>396</sup> já noticiou a difícil situação de pessoas que, desalojadas de suas casas, inclusive por iniciativas do poder público, passam a conviver, precariamente e por longos anos, em abrigos ou albergues públicos que deveriam ser apenas espaços de transição ou provisória ocupação.

Outra hipótese a ser considerada é a possibilidade de ocorrência do desvio da desapropriação para fins de urbanização ou por interesse social, não cumprindo o poder público, a tempo e modo, sua obrigação de transferência imobiliária aos particulares, a

<sup>393</sup> Cf.: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 48, v. 286, ago. 1959, p. 458-464.

<sup>394</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 128, abr./jun. 1977, p. 27-35.

<sup>395</sup> Cf. BESERRA, Marcelo. *Desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

<sup>396</sup> FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-1, segunda-feira, 27 de abril de 2009; FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-1, domingo, 31 de maio de 2009.

exemplo do que ocorreu em parte da região conhecida como Conjunto Jardim Felicidade, no Município de Belo Horizonte.<sup>397</sup>

O projeto de loteamento da região arrastou-se por mais de uma década, sem nenhuma iniciativa relevante, sendo retomado somente no final da década de 90. Muitas famílias ali se instalaram para fins de moradia com a expectativa de ver satisfeita a pretensão estatal de regularização fundiária e também de urbanização.

Em um universo de 78 pessoas entrevistadas no Conjunto Jardim Felicidade em setembro de 2008, constatou-se que a maioria ali reside há mais de sete anos (75%), pagam por algum serviço público (81%) e, embora manifesta a deficiência estrutural, não externaram interesse em mudar do local (68%), ressaltando-se também ter a demora do parcelamento do solo e da conseqüente urbanização proporcionado ocupações irregulares, sobretudo em áreas de interesse ambiental.

Se o poder público não retomasse os projetos de regularização fundiária, mediante aprovação dos loteamentos e emissão de escrituras de transferências imobiliárias, ou se não retomasse a necessária urbanização da área, poderia ocorrer o despejo dos particulares, ou ainda, ficariam indefinidamente à espera da iniciativa estatal, uma vez que é incabível usucapião sobre imóvel público?

Em face dessas anômalas situações e da ausência, quantitativa e qualitativa, de moradias, poder-se-ia defender a aplicabilidade da desapropriação intitulada de judicial indireta ou desapropriação privada como instrumento de realização do direito de personalidade à moradia sustentável?

---

<sup>397</sup> Conforme levantamento realizado junto à Secretaria Municipal de Coordenação de Política Urbana e Ambiental e ao 5º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, bem como em pesquisa de campo no local denominado Conjunto Jardim Felicidade, apurou-se que este vem se formando, desde 1987, em extensa área da antiga Fazenda Tamboril, objeto de desapropriação pelo Município de Belo Horizonte, conforme Decreto 5.444, de 15 de setembro de 1986. Esse decreto, em seu art. 2º, determinava que a desapropriação teria por objeto a execução de projetos de loteamento e urbanização para a melhor utilização econômica e higiênica da área. Em síntese, a ação municipal objetivava a pronta urbanização da área e a concessão de moradias populares.

## CAPÍTULO II SOBRE A MORADIA URBANA

Há registro da ONU<sup>398</sup> certificando a crescente urbanização em todo o mundo: em 1950, havia 86 cidades com mais de 1 milhão de habitantes; em 2002, 400; em 2015, há previsão de 550.

Atualmente, e ao contrário das Cidades-Estado e Estados-Nação, já se fala em megacidades, com mais de 8 milhões de habitantes, bem como em hipercidades, com mais de 20 milhões de habitantes.

Contudo, essa intensa e crescente urbanização também produz uma generalização de favelas. Estimativas do UN-Habitat<sup>399</sup> apontam que, em 2003, os favelados já teriam atingido o percentual de pelo menos um terço da população urbana global.

Estudo da Fundação João Pinheiro, baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2005, diagnosticou, na grande Belo Horizonte, 113.021 moradias em aglomerados denominados de subnormais, ou seja, em áreas com grandes problemas de infraestrutura e vasta população de renda mais baixa.<sup>400</sup> E mais: o déficit habitacional evoluiu de 100.275, no ano de 1991, para 174.400 moradias, em 2005.<sup>401</sup>

Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) sobre dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2007, amplamente divulgada pela imprensa,<sup>402</sup> informou o estarrecedor percentual de 34,5% da população urbana brasileira com algum problema concernente à moradia: locais inadequados, ausência e insuficiência de serviços de saneamento básico, superlotação das moradias, construções com materiais precários, enfim, uma realidade de completa insegurança habitacional. O número de favelados aumentou 42% nos últimos 15 anos, alcançando quase sete milhões de pessoas em todo o território brasileiro, algo em torno de 3,8% da população.

<sup>398</sup> UN DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION. WORLD URBANIZATION PROSPECTS. Nova York, 2002.

<sup>399</sup> UN-HABITAT. *Slums of the world: the face of urban poverty in the new millennium?* Nairóbi, 2003.

<sup>400</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. *Deficit habitacional no Brasil 2005*. Belo Horizonte, 2006. p. 37.

<sup>401</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. *Deficit habitacional no Brasil 2005*. Belo Horizonte, 2006. p. 87.

<sup>402</sup> FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano. C5, quarta-feira, 22 de outubro de 2008.

Na região metropolitana de Belo Horizonte, embora o déficit habitacional em 2007 tenha caído para 129.404 moradias, houve um acréscimo de 116.688 casas em aglomerados ditos subnormais,<sup>403</sup> devendo ser ressaltado aqui que não há um conceito normativo de “favela”.<sup>404</sup> Cada pesquisador ou instituto de pesquisa adota uma metodologia sobre o tema, buscando retratar uma realidade de ocupações ambientalmente inseguras, humanamente precárias e juridicamente informais. A conceituação de “favela”, segundo alguns autores,<sup>405</sup> observa as seguintes características: proporções mínimas (agrupamentos residenciais formados com número geralmente superior a 50); tipo de habitação (construções precárias); condição jurídica da ocupação (construções sem licenciamento e sem fiscalização, em terrenos alheios); melhoramentos públicos (ausência, total ou parcial, de rede de esgoto, luz, água e telefone); urbanização (área não urbanizada, com ausência de arruamento, numeração ou emplacamento).

A despeito da discussão da conceituação de favela, a certeza é que existe alarmante déficit quantitativo e qualitativo de moradias. A ocupação urbana em espaços carentes de infraestrutura e equipamentos urbanos mínimos, ambientalmente vulneráveis, não decorre de livre escolha das pessoas, mas da lógica da necessidade, consequência de um processo histórico de exclusão e concentração fundiária e, contemporaneamente, da desorganizada e crescente urbanização, bem como do empobrecimento da população, gerando o fenômeno denominado de “periferização”, com o deslocamento do centro para a periferia:

[...] dezenas de milhões de brasileiros não têm tido acesso ao solo urbano e à moradia senão através de processos e mecanismos informais – e frequentemente ilegais –, autoconstruindo um habitat precário, vulnerável e inseguro em favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais irregulares, loteamentos clandestinos, cortiços, casas de frente e fundo, bem como nas ocupações de áreas públicas, encostas, áreas de preservação, beiras de reservatórios e rios. Resultante da combinação entre mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas, práticas elitistas de planejamento urbano e regimes jurídicos excludentes – que afirmam os direitos individuais de propriedade sobre o princípio constitucional da função socioambiental da propriedade e da cidade –, há muito o processo de

<sup>403</sup> BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. *Deficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009. p. 25-34.

<sup>404</sup> A palavra favela decorre de um arbusto comum na região de Canudos. Os soldados do Exército Brasileiro, retornando da luta contra Antonio Conselheiro, não encontrando lugar no Rio de Janeiro, ocuparam o morro da Providência, instalando-se em barracos que se espalharam como o arbusto *favela* nos morros da região de Canudos.

<sup>405</sup> TASCHNER, Suzana Pasternak. O Brasil e suas favelas. In.: ABRAMO, Pedro (Org.). *A cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, 2003. p. 27.

desenvolvimento urbano informal não é a exceção, mas sim a regra de produção social do espaço urbano no Brasil.<sup>406</sup>

O processo de segregação socioespacial é extremamente complexo e multidimensional, sendo negativas as externalidades. A segregação teria como uma de suas origens a estrutura fundiária estabelecida desde o período imperial, proporcionando como impacto a realidade de violência no espaço urbano de muitas das metrópoles. A existência de conflitos armados e a dominação de espaços por grupos do crime organizado podem ser explicadas pela histórica estrutura fundiária brasileira.<sup>407</sup>

Nas palavras de Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro e Orlando Alves dos Santos Junior:<sup>408</sup>

[...] o aumento da violência nas metrópoles guarda fortes relações com os processos de segmentação socioterritorial em curso, que separam as classes e grupos sociais em espaços de abundância e de integração virtuosa, e em espaços de concentração da população vivendo simultâneos processos de exclusão social.

O processo de segregação espacial, com manifesto prejuízo ao direito à moradia, é, no dizer de Mike Davis, uma realidade universal, particularmente dos países em desenvolvimento, sendo-lhe atribuída a denominação de *Planeta Favela*:

[os] padrões polarizados de uso da terra e de densidade populacional recapitulam lógicas mais antigas de controle imperial e dominação racial. Em todo o Terceiro Mundo, as elites pós-coloniais herdaram e reproduziram com ganância as marcas físicas das cidades coloniais segregadas. Apesar da retórica de libertação nacional e justiça social, adaptaram com agressividade o zoneamento racial do período colonial para defender os seus próprios privilégios de classe e a exclusividade espacial.<sup>409</sup>

No mesmo sentido, o entendimento de Henri Lefebvre:<sup>410</sup>

[precária estrutura agrária] empurra para as cidades camponeses sem posses, arruinados, ávidos de mudança; a favela os acolhe e desempenha o papel de mediador (insuficiente) entre o campo e a cidade, entre a produção agrícola e

<sup>406</sup> FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 310.

<sup>407</sup> CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do espaço criminalizado no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

<sup>408</sup> RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. As metrópoles brasileiras: territórios desgovernados. In.: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 9.

<sup>409</sup> DAVIS, Mike. *Planeta favela [Planet of slums]*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 104.

<sup>410</sup> LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade [Le droit à la ville]*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001. p. 81.

a indústria; frequentemente a favela se consolida e oferece um sucedâneo à via urbana, miserável e no entanto intensa, àquelas que ela abriga.

Além do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), a preocupação com a sorte do direito à moradia é objeto de várias organizações e entidades, instituições acadêmicas e programas, tanto no âmbito internacional quanto no nacional. A propósito, são relevantes os trabalhos da Habitat International Coalition (HIC), do Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), do Lincoln Institute of Land Policy, do Observatório de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DHESC), da International Research Group on Law and Urban Space (IRGLUS), do Núcleo de Estudos Sociais, Regionais e Urbanos da UNICAMP, do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da UFRJ, do Instituto POLIS, do Observatório das Metrópoles e, particularmente, da Plataforma Brasileira dos Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais.

Em Minas Gerais, destaca-se o Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da Universidade Federal de Minas Gerais (IEAT), que, em 2003, discutiu o transversal temário “cidades”, do que resultou a publicação da obra *As Cidades da Cidade*.<sup>411</sup>

Há programas governamentais de regularização fundiária e urbanização como “Cidade Legal”, do Estado de São Paulo, e Programa Municipal de Regularização de Favelas (PROFAVELA) e “Vila Viva”, ambos do Município de Belo Horizonte. A par dessas iniciativas, porém, são necessários programas de prevenção da produção irregular de moradias, afastando o imaginário popular de que a regularização sempre ocorrerá, justificando, pois, a ocupação urbana irregular. Nem todos os programas são qualificados pela continuidade e pela visão sistêmica do problema habitacional. Há alguns programas marcados pela fragmentação, pelo proselitismo político, pela falta de recursos financeiros, quando não padecem da falta de continuidade e sistematicidade.<sup>412</sup>

Apesar disso, muito ainda precisa ser realizado. A efetividade dos mecanismos de ação está muito aquém da necessária realidade.

A perspectiva estatal de enfrentamento do problema habitacional, muitas vezes, cinge-se à construção de moradias, esquecendo-se da regularização de históricas e

<sup>411</sup> BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

<sup>412</sup> A sistematicidade dos programas é objeto da Lei n.º 11.124, de 16 de junho de 2005, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

conflituosas áreas urbanas, bem como do imprescindível e sustentável planejamento urbano. A esse propósito, é o propalado programa federal “Minha casa, minha vida”.

A imprensa nacional já noticiou a polêmica envolvendo a fixação dos denominados “*ecolimites*” na cidade do Rio de Janeiro, onde a construção de muros seria a resposta para o crescimento das favelas sobre a vegetação remanescente de Mata Atlântica.<sup>413</sup> No entanto, esses “*ecolimites*”, em vez de proporcionar coexistência com o ambiente natural, segregaria o ambiente construído ou, o mais grave, as pessoas que o integram. A construção de muros seria a tênue linha da desigualdade e o signo da incapacidade de coexistência de altos valores e resolução dos problemas por medidas sustentáveis.

Com efeito, sob o fundamento da necessária proteção ambiental, não se pode segregar, tampouco consolidar a posição periférica da população de baixa renda, não devendo o poder público isentar-se da sua parcela de responsabilidade na resolução dos conflitos intramuros crescentes.

Segundo o art. 182, *caput*, do texto constitucional, a política urbana tem por objetivo garantir o bem-estar dos habitantes da cidade, o que, na dicção de Henri Lefebvre,<sup>414</sup> pode ser traduzido como o *direito à cidade*, o direito a um espaço seguro, digno, estruturado, enfim, o direito à moradia sustentável. Tal concepção personalista do *direito à cidade* foi reafirmada pelo mesmo texto constitucional com a Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, que, como já sublinhado, elencou a moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, devendo a legislação infraconstitucional ser interpretada em conformidade com esse eixo estrutural. Destaca-se o diálogo entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002, que, a despeito de atualizarem antigos institutos, trouxeram a previsão de novos contornos.

Nos termos do art. 2º do Estatuto da Cidade, o direito à moradia é uma das diretrizes da política urbana, política essa que não se cinge a ações unilaterais, mas que requer a congregação de esforços com ênfase na participação popular, o que se denominou de *gestão democrática* da cidade.

A preocupação com a moradia é reiterada em diversos dispositivos desse Estatuto.

<sup>413</sup> Cf. FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-3, domingo, 3 de maio de 2009; O GLOBO, p. 16, domingo, 24 de maio de 2009.

<sup>414</sup> LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade* [Le droit à la ville]. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

Destaca-se a necessidade de “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais” (art. 2º, XIV). E ainda: a “simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais” (art. 2º, XV).

No âmbito da codificação de 2002, o fim moradia pode ser extraído, como já sublinhado, dos institutos do usufruto, do usucapião, do direito real de habitação, do direito real de superfície, do bem de família. Porém, entre todos e por todos, destaca-se a desapropriação judicial indireta ou desapropriação privada.

## CAPÍTULO III DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA OU JUDICIAL INDIRETA

### 3.1 Noções gerais

Está expresso no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil:

[...] o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 05 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

A primeira leitura desses dispositivos causa sensação de estranheza e perplexidade, pela constatação de que não há, aqui, normas prontas, perfeitas e concluídas. É preciso abandonar certas estruturas de compreensão e projetar novas diante da realidade dos nossos dias. Qual será a tarefa do jurista nessas hipóteses? A de meramente interpretar regras existentes ou de dar vida a regramentos novos, construir comandos em face de uma realidade complexa e multifacetada?

Para Norberto Bobbio:<sup>415</sup> “o objeto da ciência jurídica deve ser não tanto as regras, isto é, as valorações dos fatos sociais nas quais as regras consistem, mas os próprios fatos sociais dos quais as regras jurídicas são valorações”. As regras aqui em análise buscam alcançar e dar vida a melhor ordenação e ocupação do espaço, instituto jurídico que, inspirado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, eixos estruturantes do Código Civil de 2002, visa também à consecução da moradia.

A conformação do instituto à figura da desapropriação pode ser extraída a partir de interpretação e construção lógico-gramatical.

Os dispositivos já citados fazem referência à clássica figura da desapropriação, inclusive pelo advérbio “também”, o que induz à correta compreensão de se tratar de mais

<sup>415</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* [Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto]. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Baureri: Manole, 2007. p. 40.

uma modalidade de perda-aquisição originária imobiliária. Qualificar de “privada” essa modalidade decorre da acentuada ausência do poder público como provocador de todo o procedimento. O legislador acentua a iniciativa de número considerável de pessoas que, na posse de uma área, venha a adquirir sua titularidade. Porém, essa aquisição originária requer também a intervenção judicial, daí a denominação equivalente de desapropriação judicial indireta, que não se confunde com o usucapião coletivo em razão da singela previsão de indenização a ser fixada judicialmente. Não se confunde também com a alienação de bem imóvel, ainda que intitulada de forçada ou compulsória, por ausente relação jurídica entre o precedente e o conseqüente sujeitos de direito.<sup>416</sup>

A ideia de desapropriação ou expropriação privada remonta ao Direito Romano arcaico. Embora, naquele período, não existisse tal instituto, a sexta tábua da Lei das XII Tábuas veiculava sugestivo comando, assim inscrito: “*Lex duodecim Tabularum neque solvere permittit lignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare: quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinularum cultura turbetur, sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplam dat actionem.*” Não cabia pretensão reivindicatória de madeira furtada, se utilizada na construção de uma casa ou na sustentação de uma vinha, ou seja, se empregada de forma produtiva. Cabia tão-somente pretensão indenizatória contra aquele que utilizou coisa que não lhe pertencia.<sup>417</sup>

Assim, o valor das coisas era determinado pelo uso, o que se convencionou chamar de posse-trabalho.

John Locke,<sup>418</sup> teórico do Liberalismo, já acentuava que “a natureza determinou bem o tamanho da propriedade pela quantidade de trabalho do homem e necessidades da vida”. Vê-se também no magistério de João Paulo II que “[...] a terra não dá os seus frutos, sem uma peculiar resposta do homem ao dom de Deus, isto é, sem o trabalho: é mediante o trabalho que o homem, usando da sua inteligência e liberdade, consegue dominá-la e estabelecer nela a sua digna morada”.<sup>419</sup>

<sup>416</sup> Para Marco Aurélio da Silva Viana, é uma espécie de desapropriação indireta em favor do particular (VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63).

<sup>417</sup> Cf. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p.167-168.

<sup>418</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* [The second treatise of civil government]. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 42.

<sup>419</sup> JOÃO PAULO II. *Centesimus Annus*. São Paulo: Paulinas, 1991, p.59.

Nesse sentido, pode e deve ser compreendida a polémica figura da desapropriação privada introduzida pela codificação de 2002, para garantir o direito à propriedade a partir de uma perspectiva funcionalista, da coisa como valor de uso de morada.

Segundo Miguel Nogueira de Brito:<sup>420</sup>

[...] se a Constituição garante “a propriedade”, ela não garante apenas as posições jurídicas de direito privado actualmente existentes, mas também a possibilidade de aceder a elas, ainda que não exactamente nos mesmos termos. Existiria assim um direito subjectivo ao poder de adquirir propriedade, significando que a dimensão objectiva da garantia da propriedade é assegurada através de uma extensão da respectiva dimensão subjectiva.

Existe, pois, um direito à propriedade para além do direito de propriedade.

No Código Civil português de 1966, há menção à expropriação por utilidade particular, desapropriação por interesse particular que, no dizer de José de Oliveira Ascensão,<sup>421</sup> é uma ideia ou um conceito um tanto quanto ambíguo: “havendo expropriação por utilidade pública ou particular ou requisição de bens, é sempre devida a indemnização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afectados”.<sup>422</sup>

A verdade é que o instituto português não se aproxima do brasileiro, notadamente porque este, pela dimensão dos princípios, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados envolvidos, alcança uma realidade social muito mais ampla, de forma que a determinação de seu conteúdo e de sua extensão pressupõe, primeiramente, a compreensão dos princípios, das cláusulas e dos conceitos jurídicos indeterminados.

### 3.2 Princípios gerais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

O movimento de codificação acreditou que a lei escrita poderia alcançar toda e complexa realidade do mundo exterior. Vislumbraram-se os códigos como unidades perfeitas e acabadas, ou seja, como sistemas normativos fechados que se bastavam. Sob o fundamento

<sup>420</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 792.

<sup>421</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.292.

<sup>422</sup> Art. 1310º.

da maior certeza e segurança, privilegiou-se a lei como fonte de produção jurídica. Com a formação do Estado moderno, acolhendo-se a clássica tripartição de poderes e o monismo legislativo, cumpria aos juizes a resolução dos conflitos segundo mera declaração do conteúdo normativo legal.

Consoante esse positivismo, a aplicação do direito deveria reduzir-se a uma subsunção, sendo a atividade do intérprete meramente declaratória, desempenhando o juiz o papel secundário de “boca que pronuncia as palavras da lei”.

Para Norberto Bobbio,<sup>423</sup> “com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito” e, segundo Judith Martins-Costa,<sup>424</sup> os códigos supõem, “em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam”.

O Código Civil francês, nascido sob a inspiração do ideal de um legislador universal, de um direito uniforme e previsível, que foi o grande marco desse movimento de codificação, influenciou o pensamento jurídico moderno e contemporâneo, com ampla repercussão também no direito brasileiro.

Contudo, a onipotência do legislador encontrou limites. Os códigos não alcançam toda a mutabilidade da vida, surgindo conhecida situação da “lacuna da lei”. Conforme João Baptista Villela,<sup>425</sup> seria absurda a pretensão “de querer aprisionar em um código todas as manifestações e infinitas virtualidades do homem e dos grupos sociais”. O dinamismo das relações sociais refutou a concepção restrita, casuística e positivista do “direito dos códigos”. A codificação liberal não esgotou e não esgota o universo do *Corpus Juris*.

<sup>423</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* [Il positivismo giuridico; lezioni di filosofia del diritto]. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

<sup>424</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, jun. 1992. p. 48.

<sup>425</sup> VILLELA, João Baptista. O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1961. p. 224.

Michele Giorgianni<sup>426</sup> denominou de *crise da legalidade* esse esgotamento do modelo liberal, apontando o equívoco da noção de codificação como modelo perfeito e completo, tendo observado Canaris:<sup>427</sup>

[...] todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes; elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas.

O esgotamento do modelo liberal levou à proliferação de legislações específicas, à chamada realidade dos microssistemas normativos, em período denominado, por alguns, de “era da descodificação”. Essa realidade, entretanto, também trouxe o desconforto das desarmonias, dos conflitos legislativos, tudo a merecer o resgate da ideia de codificação como eixo central ou a necessária ressystematização do direito privado, mas, agora, atenta à hipercomplexidade das relações sociais, em movimento, denominado, por António Menezes Cordeiro,<sup>428</sup> de recodificação.

Houve, nesse sentido, progressivo aprimoramento da técnica legislativa, com o emprego das denominadas cláusulas abertas (princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) como autênticos instrumentos de abertura do sistema para as questões sociais progressivamente complexas e inovadoras. O denominado Estado pós-social apresenta o Direito mais adaptável às contingências, reconhecendo maior importância aos princípios, aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais.

Segundo Herbert L. A. Hart,<sup>429</sup> a textura aberta do direito significa que os preceitos normativos devem ser desenvolvidos ou concretizados pelo intérprete, permitindo-lhe determinar o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso, deixando claro que os princípios independem de texto legal, por serem, no dizer de Judith Martins-Costa,<sup>430</sup> pensamentos diretores de uma ordem jurídica.

<sup>426</sup> GIORGIANNI, Michele. La morte del codice ottocentesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XXVI, n.1, gennaio/febbraio 1980, p.52.

<sup>427</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzenz]. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996. p. xx.

<sup>428</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, Livro I, Tomo I, p. 90.

<sup>429</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* [The concept of Law]. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1986. p. 148.

<sup>430</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, jun.1992, p. 48-50.

Para Inocêncio Mártires Coelho,<sup>431</sup> princípios são “mandatos de otimização ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação”, necessitando, para sua realização, segundo o magistério de Claus-Wilhem Canaris,<sup>432</sup> da concretização mediante valorações singulares com conteúdo material próprio.

Contudo, mesmo os princípios, à exceção do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, não são absolutos, necessitando, em face das desarmonias, ponderação de valores, o chamado balanceamento principiológico.<sup>433</sup>

As cláusulas gerais, hipóteses legais com grande generalidade, seriam os instrumentos de concreção de pensamentos ou preceitos. Em síntese: os princípios são pensamentos estruturantes do ordenamento jurídico. As cláusulas gerais são normas legais de base e de densidade empírica variável, autênticos instrumentos de concreção dos princípios. As cláusulas alcançam uma universalidade de situações fáticas, com a função precípua de garantir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico.<sup>434</sup>

Cláusula geral é uma formulação da hipótese legal que, por sua generalidade, submete a tratamento jurídico uma variedade de casos: “uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico”.<sup>435</sup>

Para Almiro do Couto e Silva,<sup>436</sup> são as cláusulas gerais que impedem o envelhecimento prematuro dos códigos, por serem portas abertas para a ética social, canais

<sup>431</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 102.

<sup>432</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzenz]. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96.

<sup>433</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence, em decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 319-DF, advertiu que “é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se faça com abstração ou com sacrifício de outros valores, de outros vetores axiológicos”. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 149, set. 1994, p. 687.

<sup>434</sup> Segundo Judith Martins-Costa, a “mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 341).

<sup>435</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 303.

<sup>436</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e germanismo no código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 13, 1997. p. 26.

pelos quais penetram no Direito as mudanças culturais e econômicas. São os delicados sensores que adaptam os sistemas às oscilações do meio a que se aplicam.

Já os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição fática de específica realidade normativa, tendo um grau de generalidade e abrangência menor do que as cláusulas gerais.

Em conformidade com Karl Engisch,<sup>437</sup> os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito – conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos fazem parte da realidade jurídica.

No Brasil, a socialidade é pensamento ou preceito estruturante de todo o Código Civil de 2002, instrumentalizada, inclusive, pela cláusula geral que proíbe o exercício abusivo de direito (art. 187). Já a base fática do conteúdo do § 4º do art. 1.228 do Código é plena de conceitos indeterminados, que, para serem preenchidos, devem ser analisados à luz do princípio e da cláusula geral citados.

A operabilidade consubstancia-se na adoção dessa técnica legislativa com formulação de hipóteses de incidência com abertura de valoração, vagueza semântica, permitindo-se maior mobilidade e adesão à realidade. Ainda conforme Miguel Reale, o legislador não pode legislar em abstrato, “para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quando possível, legislar para o indivíduo situado”.<sup>438</sup>

A socialidade decorre da necessária superação do acerbado individualismo, da concreção das normas com ênfase na diretriz da solidariedade social, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Segundo Canotilho:<sup>439</sup>

[...] a dimensão subjetiva do princípio justificará também, no caso de verificarem determinados condicionalismos, a *prevalência* dos direitos económicos, sociais e culturais em relação de *conflito* com outros direitos. Assim, por ex., o princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo de habitação constituir uma medida gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana. O juiz poderá e deverá suspender a execução da sentença de despejo e o proprietário deverá ser indemnizado pela não execução da mesma sentença.

<sup>437</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. [Einführung in das juristische denken]. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p.208.

<sup>438</sup> REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 13.

<sup>439</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 343-344.

Atribuindo-se à ciência jurídica uma função social, não se pode desconsiderar que toda interpretação pressupõe a concreção do significado normativo segundo a realidade vivenciada, adequando-o aos valores sociais vigentes.<sup>440</sup> Com os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, a decisão do juiz ganhou contornos de fonte do Direito. O juiz deixa de ser um autômato aplicador das normas positivas, para pronunciar um juízo com equidade a partir de interpretações de todo o sistema jurídico, composto igualmente de princípios, normas e valores. Segundo Canaris,<sup>441</sup> as cláusulas gerais são pontos de erupção dessa equidade, qualidade segundo a qual a lei tem de adaptar-se às circunstâncias e às exigências do caso concreto, no dizer de Eduardo Espínola.<sup>442</sup>

Para Karl English:<sup>443</sup>

[o julgador] através do Direito equitativo, através do “jus aequum” que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de “valorações e decisões de vontade”.

O texto legal, nem sempre, é completo, apresentando lacunas ou vazios, daí ser imprescindível o recurso aos métodos de interpretação e integração normativas, uma vez que o direito, sim, é completo, não se admitindo negação à resolução dos conflitos pela ausência de norma aplicável, sendo vedado o *non liquet*.

No dizer de Judith Martins-Costa,<sup>444</sup> a incompletude da lei não é um defeito, “senão qualidade, pois deve ser progressivamente completada pelos seus destinatários”. Entretanto, a vagueza dos princípios, das cláusulas gerais e dos próprios conceitos jurídicos indeterminados não enseja um juízo de arbítrio. Falta-lhes um valor axiológico completo, porque são preenchidos “por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas

<sup>440</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

<sup>441</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen]. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.142.

<sup>442</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1940. Vol. IV. p. 440/441.

<sup>443</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* [Einführung in das juristische denken]. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 248.

<sup>444</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XIII-XIV.

nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais”.<sup>445</sup>

Voltando ao art. 1.228, particularmente ao § 4º, seu exame estrutural permite a percepção da sua estatuição mediante princípios da socialidade e da eticidade, concretizados pela cláusula geral da boa-fé, sem prejuízo da igual incidência de conceitos jurídicos indeterminados. Todos esses elementos correlacionam-se e implicam-se de modo a realizar o que se convencionou chamar de desapropriação privada ou desapropriação judicial indireta.

No âmbito da desapropriação privada é indiscutível a necessidade da equidade integrativa, razão de ser a norma demasiadamente genérica, não definir a dimensão da área, e não deixar claro se os bens públicos estão sujeitos à sua incidência ou quem deve promover o pagamento da indenização, seu *quantum*, se é aplicável no curso de ações possessórias, enfim, por não estarem devidamente descritos todos os elementos da hipótese legal. A técnica de legiferação aberta exige o preenchimento dos elementos normativos e subjetivos integrantes da norma interpretanda.

A indeterminabilidade desses elementos não caracteriza situação insolúvel ou intrinsecamente impossível, exigindo necessária construção eficaz, com preenchimento valorativo dos conceitos indeterminados.

É preciso, pois, extrair do comando do art. 1.228, §§ 4º e 5º, toda efetividade e justeza à realidade. Como acentua Karl Engish, o conteúdo legal não é algo estático como qualquer fato histórico, mas algo de vivo e de mutável, suscetível de adaptação à realidade. “A partir da situação presente é que nós, a quem a lei dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias”.<sup>446</sup> Até mais, a missão do julgador é dizer o sentido atual dos textos e a versão contemporânea dos acontecimentos, dos fatos de ontem, conforme acentua François Ost.<sup>447</sup>

<sup>445</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* [Il diritto civile nella legalità costituzionale]. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239.

<sup>446</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* [Einführung in das juristische denken]. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 173-174.

<sup>447</sup> OST, François. *O tempo do direito*. [Le temps du droit]. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005. p. 17.

Para Gadamer,<sup>448</sup> a hermenêutica tem a missão de adaptar o sentido de um texto para e dentro da situação concreta à qual a mensagem se dirige.

Há muito restou superado o reducionismo da Escola da Exegese.

O Direito é expressão inseparável da vida, que se manifesta por valores, usos e costumes, práticas sociais que se modificam, alteram e se imbricam segundo legítimas expectativas e necessidades da pessoa humana. Inadmissível dissociação entre o *ser* e o *dever ser*. O Direito é, originariamente, analógico, *ser* e *dever ser* não são idênticos, nem diferentes, mas análogos, correspondentes. O Direito vive e cresce em razão dessa polaridade e complementaridade entre a situação da vida e o pressuposto normativo.

Em lapidar síntese, escreveu Philipp Heck:<sup>449</sup> o julgador pode comparar-se ao apreciador de um quadro, “que, ora se aproxima para examinar um detalhe, ora se afasta para colher o efeito de conjunto”. Como sublinhado, a lógica jurídica é analógica, requer o ir e o vir do olhar do intérprete, a conexão complementar do *ser* e do *dever ser*.

Interpretar é mais que revelar todo o conteúdo, o significado e o alcance de qualquer norma jurídica, é a própria construção da norma no caso concreto. Para tanto, é também preciso investigar seus interesses causais.

Não há dúvida de que as normas nas quais se funda a desapropriação privada têm a moradia como interesse ou causa determinante, como expressão da existência, da identidade e da intimidade humana. A partir dessa causa é preciso extrair da desapropriação privada todas as suas virtualidades de expansão e renovação da realidade social. Acentua Dany Cohen<sup>450</sup> que “os direitos à...” são objeto de normas abertas e vagas, cabendo ao intérprete participar da determinação do seu conteúdo.

<sup>448</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Trad. Étienne Sacré, Jean Grondin e Pierre Fruchon. Paris: Éditions du Seuil, 1996. p. 330.

<sup>449</sup> HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1947. p. 102. Original alemão.

<sup>450</sup> COHEN, Dany. Le droit à... In.: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999. p. 397.

### 3.3 Sujeito da posse: autonomia privada

A aquisição originária da posse é um ato existencial, sendo desnecessária capacidade de fato. A capacidade para adquirir e para ser sujeito do direito de posse não se confunde com a capacidade negocial. Qualquer pessoa pode exercer o domínio sobre coisas na condição de possuidor: “a vontade, na aquisição da posse, é simplesmente *natural* e não aquela revestida dos atributos necessários à constituição de um negócio jurídico”.<sup>451</sup>

A posse é uma categoria do pensamento jurídico que decorre da necessidade natural do ser humano de assenhoreamento de coisas como meio da própria subsistência. É a mais alta expressão de ato-fato jurídico.

Para José Carlos Moreira Alves,<sup>452</sup> a capacidade jurídica é suficiente ao sujeito da posse.

O elemento anímico de que cuida a teoria objetiva da posse não é a consciência e a vontade qualificadas de ser proprietário, mas o comportamento de proprietário. Na dicção do art. 1.205, I, do Código Civil brasileiro, qualquer pessoa pode adquirir a posse. Nessa perspectiva, a posse pode ser vislumbrada como expressão mesma da personalidade.

Ao dispor que o proprietário pode ser privado do seu imóvel pela posse de um *considerável número de pessoas* que tenham realizado obras ou serviços de interesse social e econômico relevante, o § 4º do art. 1.228 do Código Civil brasileiro reconhece a autodeterminação, objetivando a satisfação do bem essencial da moradia. O enfoque é, pois, na capacidade humana de produzir, construir e realizar, em contraponto ao não exercício prolongado do direito de propriedade.

No que concerne à função social da posse e da propriedade, bem como da vedação do abuso de direito, a codificação contemporânea prevê o não uso como causa extintiva de direitos reais. Nesse sentido, o art. 298º/3 do Código português estabelece que “os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas

---

<sup>451</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. IV, p. 45.

<sup>452</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Vol. II, Tomo I, p.150.

podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade”.

No Brasil, a desapropriação privada é autêntica hipótese legal de perda do direito real de propriedade pela omissão do titular, conjugada à capacidade de ação ou de iniciativa de *considerável número* de possuidores.

O direito fundamental de propriedade não pode proteger uma esfera de liberdade individual que configure omissão abusiva da posição de proprietário, que não observe igual esfera de personalidade e de liberdade dos outros. A autodeterminação, a autorresponsabilidade e a consideração pelas esferas da personalidade e de liberdade dos outros são princípios do Direito Civil.<sup>453</sup>

A desapropriação privada baseia-se nessa autonomia, que é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda sua natureza racional.<sup>454</sup>

Não se reconhecem efeitos válidos a condutas contraditórias, a omissões abusivas. Igualmente não se pode depender exclusivamente da iniciativa estatal na realização e promoção dos bens essenciais da personalidade.

João Paulo II advertia:

O homem, de fato, privado de algo que possa “dizer seu” e da possibilidade de ganhar com que viver por sua iniciativa, acaba por depender da máquina social e daqueles que a controlam, o que lhe torna muito mais difícil reconhecer a sua dignidade de pessoa e impede o caminho para a constituição de uma autêntica comunidade humana.<sup>455</sup>

Hoje, não podemos mais falar em regularização fundiária dependente da iniciativa ou da boa vontade do poder público. Como bem visualizou Edésio Fernandes:

[...] o que acontece é que hoje não se pode mais falar de regularização fundiária tão-somente como sendo algo que se encontra no âmbito da ação discricionária do poder público, que a faz quando quer, de acordo com os critérios que acha que deve seguir, quando for pressionado pela população ou quando tiver compromissos políticos com a população. Existe juridicamente constituído no Brasil hoje um direito subjetivo do ocupante à

<sup>453</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudentz]. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 80.

<sup>454</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Grundlegung zur metaphysik der sitten]. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 66.

<sup>455</sup> JOÃO PAULO II. *Centésimo Aniversário*. São Paulo: Paulinas, 1991. p.29.

regularização, em condições especificadas na lei, e isso mesmo contra a vontade do poder público.<sup>456</sup>

A desapropriação privada é um desses valiosos instrumentos de valorização da autonomia privada, da autodeterminação ou da autorregulamentação.

Qualificado o sujeito beneficiário da expropriação – qualquer pessoa –, poder-se-ia indagar acerca da sua quantificação. O que se entende por *considerável número de pessoas*? A questão não é meramente numérica. O problema da moradia tem, ao mesmo tempo, dimensões individuais e sociais.

O preenchimento desse conceito descritivo pressupõe análise compartilhada com a dimensão da área objeto de posse, com as características dessa mesma posse, enfim, com todo o universo complexo compreendido pela situação fática concreta.

O objetivo do instituto é alcançar o maior número possível de pessoas em situação de insegurança da posse, uma forma de tutela coletiva do interesse indisponível da moradia, cuja finalidade é assegurar um espaço de dignidade a todos e a cada um dos ocupantes de assentamentos coletivos.

### 3.4 Objeto de incidência: extensa área pública ou privada

No âmbito do Direito Romano, a categoria das coisas subtraídas à apropriação individual era intitulada de *res extra commercium*, dela destacando-se as coisas do Estado, determinadas apenas pelo fator subjetivo de sua titularidade.

Durante algum tempo, fundados nessa classificação, muitos autores entenderam que os bens públicos não poderiam ser objeto de posse privada: porém, conforme acentua António Menezes Cordeiro,<sup>457</sup> mesmo os bens públicos, ao longo do tempo, foram sofrendo um processo de privatização, até se confundirem com o *dominium* ou propriedade do tipo privado.

<sup>456</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16.

<sup>457</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Livro I, Tomo II. p. 37.

Com efeito, a inalienabilidade ou intangibilidade da coisa pública não é absoluta. Os bens são inalienáveis enquanto conservarem a qualificação e a destinação públicas, enquanto se mantiverem como de uso especial ou uso comum do povo. O que determina a proteção e a intangibilidade da coisa não é sua titularidade pública, mas sua efetiva e concreta destinação.

José Carlos Moreira Alves<sup>458</sup> defende a admissibilidade da posse particular sobre as coisas públicas dominicais, de modo que, mediante regular permissão ou concessão estatal, mesmo os bens públicos de uso comum e de uso especial podem ser objeto de uso privativo.<sup>459</sup>

O Código Civil de 2002, no art. 519, regula a retrocessão: “se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

Segundo José Carlos de Moraes Salles,<sup>460</sup> a retrocessão “é o ato pelo qual o bem expropriado é reincorporado, mediante devolução da indenização paga na expropriação, ao patrimônio do ex-proprietário, em virtude de não haver sido utilizado na finalidade para a qual fora desapropriado”.

José Carlos Moreira Alves, na Ação Rescisória 1098-MG,<sup>461</sup> também reconheceu que o expropriado tem o direito real de ver reingressar em seu patrimônio o bem expropriado, quando o poder público não lhe dá destino de utilidade pública.

Mesmo o bem objeto de desapropriação-sanção pode ser alienado a particulares.<sup>462</sup>

<sup>458</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Vol. II. Tomo I. p.169-173.

<sup>459</sup> Não se pode indevidamente estender a vedação do parágrafo único do art. 191 da Constituição da República, segundo o qual os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, à possibilidade de posse particular de coisa pública. O que se veda é a aquisição originária de propriedade por usucapião. Não há nenhum dispositivo que vede absolutamente a posse ou a aquisição imobiliária de coisa pública pelo poder privado.

<sup>460</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 810.

<sup>461</sup> REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, v. 104, maio 1983. p. 468-496.

<sup>462</sup> Art. 8º, § 5º, da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

A desapropriação judicial indireta pode alcançar tanto bens particulares quanto públicos. A norma legal não restringe a modalidade aquisitiva a bens privados, asseverando, textualmente, que abrange *extensa área*.

Na perspectiva personalista do direito à moradia, cumpre a cada pessoa a sua defesa e promoção, com o Estado ou sem ele, apesar dele e mesmo contra ele.

Na *IV Jornada de Direito Civil*, bem se aprovou o enunciado 304,<sup>463</sup> estendendo-se a desapropriação privada a bens públicos dominicais.

Se o poder público não atribui à coisa da sua titularidade uma funcionalidade social, é legítimo reconhecer-se a realização dessa função pelos particulares.<sup>464</sup>

Interessante notar que a Corte Europeia dos Direitos do Homem, em decisão de 30 de novembro de 2004, reconheceu que o fato de se ter construído sobre terreno público uma moradia, durante vários anos, confere direito de propriedade sobre a construção em função da satisfação de uma necessidade humana fundamental.<sup>465</sup>

Qualificada a área – pública ou privada –, o legislador intencionalmente deixa em aberto sua dimensão. A desapropriação privada aplica-se à *extensa área*.

A sua dimensão, à evidência, deve ser mensurada a partir do número de pessoas ou moradias objeto da área. Como mero parâmetro normativo, pode-se utilizar área superior a 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), prevista no art. 10 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que trata do usucapião especial urbano coletivo.

Se o legislador entende que “posse coletiva” é compreendida pela ocupação de área superior àquela medida, não há razão alguma para não se estender esse parâmetro à desapropriação judicial indireta. Esse é o fundamento da analogia. Quando se verifica a

<sup>463</sup> Enunciado 304: São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.

<sup>464</sup> A alegada supremacia do interesse público não pode justificar condutas omissivas consubstanciadas no não uso da coisa. A inércia do exercício de direito produz externalidades negativas de eficácia geral, não se restringindo a perda do direito de propriedade somente ao particular, numa interpretação isolada do art. 1.276 do Código Civil brasileiro de 2002. O que se objetiva não é a privatização do espaço público, mas sim o efetivo cumprimento da função social do bem público, realizando a legítima necessidade de moradia do destinatário da norma.

<sup>465</sup> Cf. ALBIGÈS, Christophe. Le droit au logement. In.: CABRILLAC, Remy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p. 790.

mesma razão da lei, deve haver a mesma disposição normativa (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem legis dispositio*).

### 3.5 Posse de boa-fé

A noção de boa-fé alcançou o universo jurídico fundamentalmente no âmbito das relações negociais e também no campo dos direitos reais.

Nas relações negociais, destaca-se a boa-fé objetiva, que, como bem sintetizou Judith Martins-Costa,<sup>466</sup> representa “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”, qualificando uma norma de comportamento leal.

Para Menezes Cordeiro,<sup>467</sup> como padrão de comportamento no tráfego jurídico, a boa-fé compreende a obrigação de cumprir exatamente os deveres emergentes do contrato e a necessidade de se terem em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte.

O Código de 2002,<sup>468</sup> seguindo o que prescreve o Código Civil alemão<sup>469</sup> e o Código Civil francês,<sup>470</sup> determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados e executados conforme a boa-fé.

A boa-fé subjetiva compreende a conduta humana em conformidade com o ordenamento jurídico, ainda que essa conduta lhe seja objetivamente contrária, podendo ser, no entanto, justificada pelo erro ou pela ignorância do agente. Contrária a essa boa-fé, sobressai a má-fé, representada pela manifesta intenção de contrariar a ordem e a esfera jurídica de outrem.

<sup>466</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

<sup>467</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 174-175.

<sup>468</sup> Arts. 113 e 422.

<sup>469</sup> §§ 157 e 242.

<sup>470</sup> Art. 1.134.

A representação subjetiva da boa-fé tem vasta aplicabilidade no âmbito dos direitos reais, sobretudo em matéria possessória.

O art. 550 do Código Civil francês dispõe que o possuidor está de boa-fé quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignore, podendo a posse de boa-fé incidir também na hipótese de aquisição originária. Exemplo: a boa-fé em situação de usucapião consistente em estado psicológico de ignorância do possuidor durante todo o decurso do tempo aquisitivo.

Para o art. 1.201 do Código Civil brasileiro, é de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa, seja essa aquisição originária ou derivada, podendo, destarte, haver posse de boa-fé sem justo título, e vice-versa.

Menezes Cordeiro<sup>471</sup> descreve a boa-fé subjetiva como a não consciência do injusto, apesar de uma contrariedade formal ao ordenamento jurídico. Assim, entende-se que a boa-fé inscrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil brasileiro seria de ordem subjetiva. Para a configuração da desapropriação, seria imprescindível o estado psicológico de erro ou de ignorância dos possuidores durante todo o decurso do tempo aquisitivo, embora esteja assentado que “o conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228”.<sup>472</sup>

Seria a boa-fé de ordem subjetiva de incidência fática impossível no âmbito da desapropriação privada?

Nas ocupações fundiárias consolidadas no tempo, muitas vezes com anuência do poder público, os possuidores exercem domínio sobre imóveis de morada com a plena convicção de serem proprietários, com a crença firme e intacta da impossibilidade de qualquer medida de remoção. Os possuidores têm opinião de terem direito ao bem de morada. Nesse sentido foi o resultado da pesquisa realizada em parte do Conjunto Jardim Felicidade: embora a maioria dos entrevistados não soubesse o que é usucapião ou desapropriação (64%), todos tinham opinião de terem direito à sua casa pelas circunstâncias da ocupação e, sobretudo, pelo decurso do tempo. O significativo percentual de 75% dos entrevistados afirmou residir na região há mais de sete anos.

---

<sup>471</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 411.

<sup>472</sup> Enunciado 309 da *IV Jornada de Direito Civil*.

A boa-fé na desapropriação privada está essencialmente vinculada ao critério temporal. A repercussão do tempo nessa situação jurídica é fundamental.

Em verdade, essa desapropriação sugere a incidência da *suppressio*. Segundo Menezes Cordeiro,<sup>473</sup> “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”. É a perda do direito pelo seu não exercício, porquanto essa inércia é contrária à boa-fé. No Direito português, a *suppressio* é uma subcategoria do abuso do direito.

A mora no exercício do direito contraria modelo de conduta social, criando, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria exercido. Há, pois, incidência da boa-fé objetiva e também boa-fé de ordem subjetiva. O titular de um imóvel, pela omissão reiterada de exercício do direito de propriedade, possibilita aos possuidores a representação, a confiança, de que a posse no tempo vale como causa aquisitiva.

A boa-fé na desapropriação privada insere-se nessa realidade, caracterizando mecanismo aquisitivo imobiliário que objetiva proteger a confiança daqueles que exercem o domínio para fins de moradia em contraponto ao proprietário omissor.

Uma vez mais, Menezes Cordeiro<sup>474</sup> aponta que a “confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”. Inadmissível a um proprietário que reiteradamente descumprisse a função social do imóvel objeto de posse por várias pessoas com a finalidade de moradia aproveitar-se dessa situação e reivindicá-lo, além de postular perdas e danos. A hipótese caracteriza alegação da própria torpeza ou do conhecido *venire contra factum proprium*.

Portanto, o conceito de boa-fé, para fins de desapropriação privada, é ético, e não meramente psicológico, de modo que, ao contrário de possíveis interpretações, a desapropriação judicial indireta não proporciona violações do ordenamento jurídico, não incentiva invasões fundiárias. Porém, protege a confiança daqueles que, pacificamente, exercem a posse-moradia em contraponto à manifesta inércia do proprietário. Trata-se de

<sup>473</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797.

<sup>474</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234.

forma de proscreever comportamentos contraditórios ou inadmissíveis de titular de direito que, abstendo-se do seu exercício durante considerável período de tempo, fomenta, na contraparte, a confiança da aquisição originária. Esse proprietário desidioso não pode, depois do decurso temporal, lograr êxito em pretensões possessórias ou petitorias.

O não exercício do direito de propriedade, de natureza disponível, deve proporcionar a consagração da proteção à moradia, de ordem indisponível.

### 3.6 Posse ininterrupta por mais de cinco anos

O tempo e o espaço fazem parte da realidade humana como elementos indissociáveis e inerentes à sua personalidade. As condutas humanas são marcadas pela espacialidade e pela temporalidade. A repercussão do tempo nas situações jurídicas é também determinante.

De igual modo, o Direito pode afetar a temporalização ou negar o curso do tempo cronológico, mediante mecanismos de suspensão ou interrupção temporal.

Como acentua François Ost, a dialética entre tempo e direito é profunda. “O direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui.”<sup>475</sup>

A base da prescrição, da decadência, da *suppressio* e da *surrectio* é temporal.

Uma posição jurídica não exercida durante determinado intervalo temporal pode perder sua eficácia, ensejando até mesmo a extinção do direito. Em contraponto, essa extinção pode gerar aquisição de direito ou a consolidação de posição jurídica em benefício de outrem. Assim ocorre na desapropriação privada. A posse contínua por cinco anos consolida a posição jurídica daqueles que atribuem ao imóvel uma funcionalidade dispensada pelo proprietário-formal. É manifesta a temperança, a sabedoria do tempo, que acentua a inércia do proprietário e reafirma o propósito e a finalidade da posse-moradia.

<sup>475</sup> OST, François. *O tempo do direito*. [Le temps du droit]. Trad. Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 13.

O legislador, valendo-se da simetria, adotou o mesmo intervalo temporal do usucapião especial que, particularmente na modalidade urbana, objetiva também a garantia e promoção do bem-moradia.

O exercício da posse deve ser contínuo, ininterrupto, por prazo superior a cinco anos.

Assim como no usucapião, essa situação possessória – que não sofre oposição séria, fundada e judicialmente reconhecida – consolida-se pelo tempo. Trata-se da sempre lembrada posse mansa e pacífica.

Porém, ainda que se trate de requisito objetivo, sobrevém a indagação: aplica-se à desapropriação privada a regra do art. 1.244 do Código Civil, segundo o qual se estende ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição?

Não há dúvida de que o direito possa afetar a temporalização. Todas as regras aplicáveis ao usucapião estendem-se à desapropriação, em razão do fundamento básico do reconhecimento da posse consolidada no tempo.

Destarte, não só a regra do art. 1.244 do Código Civil, mas também as hipóteses de acessão e sucessão possessórias, nos termos dos artigos 9º e 10 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, são aplicáveis à desapropriação judicial indireta.

É a inércia do proprietário que enseja a extinção de seu direito em favor da titularidade do bem essencial da moradia, de natureza imprescritível. A posse consolidada pelo prazo superior e ininterrupto de cinco anos, além dos demais requisitos legais, é objeto de proteção pelo ordenamento jurídico.

### **3.7 Obras e serviços de interesse social e econômico relevante: moradia sustentável**

O intérprete, ao analisar as situações de fato, sob o prisma dos princípios estruturantes de todo o sistema jurídico, conclui pela possibilidade, ou não, da desapropriação privada.

A norma do caso não é o pressuposto, e sim o resultado de uma hermenêutica construtivista. A qualificação jurídica do fato é extremamente complexa, baseada na correlação de valores, normas e princípios. A apreciação axiológico-normativa do fato não é, pois, uma operação meramente lógica ou matemática.

Todo o método de construção é fundado na causa do interesse social e econômico, à qual se emprestou a qualificação de relevante, que, na defendida perspectiva do personalismo ético, deve ser compreendida como valor de essencialidade à própria existência humana.

Em verdade, pela maior amplitude da textura normativa, o interesse social compreende o valor econômico. A finalidade que se busca é a efetivação do princípio da socialidade. Trata-se, no dizer de Miguel Reale,<sup>476</sup> “de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho”.

O objeto do instituto é a valorização da coisa pela sua funcionalidade social. A conduta positiva humana sobrepõe-se e empresta utilidade existencial à coisa. Assim, irretocável a conclusão de Hannah Arendt:<sup>477</sup>

[...] a objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana.

A complexa e atual situação de centenas de pessoas excluídas do bem primário de subsistência e dignidade – moradia – reforça a necessidade, nesse sentido, de concreção e preenchimento do comando “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”.

Não há dúvida de que a posse-moradia configura relevante interesse a ser protegido.

---

<sup>476</sup> REALE, Miguel. *Exposição de motivos da comissão revisora e elaboradora do Código Civil*. Janeiro de 1975. Publicação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. Brasília, 2003.

<sup>477</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana* [The human condition]. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17.

Porém, a denominada segurança da posse por intermédio do instrumento jurídico da desapropriação privada, evitando-se remoções ou despejos injustificados dos moradores, deve ser avaliada também em consonância com a questão da sustentabilidade das moradias.

O desfecho do procedimento desapropriatório pode retratar a realidade de loteamentos muito aquém das exigências legais, particularmente quanto à dimensão das áreas que serão inferiores ao módulo urbano.

Preenchidos os conceitos indeterminados da norma legal e pago o valor fixado da indenização, o juiz deverá atribuir o título de propriedade a todos os possuidores: "valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores."<sup>478</sup>

Se a partir de todos os estudos, inclusive levantamento topográfico, for possível individualizar as moradias, o ideal é que o título de propriedade seja igualmente atribuído de forma individualizada.

Não sendo possível essa individualização, deve-se, por analogia, adotar a solução preconizada pelo Estatuto da Cidade, segundo a qual o juiz, na sentença, atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe.

Porém, qualquer que seja a solução adotada, é provável que, pela própria forma de ocupação desses espaços, muitos lotes tenham dimensão inferior ao módulo urbano, prejudiquem a instalação de equipamentos urbanos (como ruas e avenidas) ou ainda se situem em áreas de risco ou de interesse ambiental. Ao lado da segurança possessória, é necessária sua adequação aos padrões urbanísticos e ambientais.

Evidentemente que as áreas de risco ou de preservação ambiental não deveriam e não devem ser objeto de moradia. A preocupação com a vida humana atual e futura não deve permitir a consolidação da posse-moradia em situações de extrema vulnerabilidade.

Quanto aos padrões urbanísticos, é necessária, pois, uma adequação social. Entre o módulo urbano e a vida humana minimamente abrigada, a solução pende para a proteção do ser. O planejamento urbano deve compreender zoncamentos especiais de interesse social, que busquem a difícil conciliação entre os padrões urbanísticos mínimos e a necessidade de

<sup>478</sup> § 5º do art. 1.228 do Código de 2002.

ocupação do solo urbano para fins de moradia. Trata-se, inclusive, de diretriz da política urbana.<sup>479</sup>

A aquisição originária da propriedade mediante o instituto da desapropriação privada, observada a finalidade de regularização fundiária, deve desvincular-se das rígidas regras da Lei do Parcelamento do Solo e preservar a tipicidade da ocupação, o acesso viário a todos os lotes, minimizando-se o número de remoções. O art. 4º, II, da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1976, ao dispor sobre o parcelamento do solo urbano, também autoriza o poder público a mitigar os requisitos urbanísticos em caso de “edificação de conjuntos habitacionais de interesse social”.

O incremento da regularização fundiária, via reconhecimento de zoneamentos urbanos especiais, enseja também maior eficiência no emprego dos recursos ambientais, diminuindo as externalidades negativas e proporcionando realidade de maior sustentabilidade socioambiental.

### 3.8 Problema da indenização

A abertura da norma do § 5º do art. 1.228 do Código Civil apresenta um desafio à efetividade da desapropriação privada ou judicial indireta. Os questionamentos são comuns. Quais os parâmetros para a fixação do *quantum* devido? Quem deve e pode pagar o valor da indenização? Ausente pagamento, é cabível a desocupação da área ainda que objeto de moradias? O encaminhamento ou a construção das respostas requerem intenso e criativo esforço hermenêutico, com a harmonização de princípios, pressupondo a intensa busca pela decisão justa, que, no dizer de Karl Larenz,<sup>480</sup> é a nobre tarefa do jurista. Direito justo não como representação de um direito ideal ou imaginário, fora dos limites do direito estabelecido, mas como fundamento e elemento de sua própria existência e funcionalidade. Com efeito, a pluralidade de possibilidades de concreção de um comando normativo vago não pode resultar em soluções injustas.

<sup>479</sup> Art. 2º, XIV e XV, da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

<sup>480</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica* [Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik]. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1990.

Em tudo e por tudo, deve ser buscada a justiça – a justiça como atribuição a cada um do que é seu, ou como tratamento igual de situações iguais, ou ainda, na perspectiva aristotélica, como a virtude do meio-termo, do equilíbrio, da proporcionalidade.

É preciso também evitar a litigiosidade, devendo, para tanto, ser valorizada a segurança jurídica.

No que concerne à discussão sobre os efeitos econômicos da desapropriação privada, porque o ordenamento jurídico pátrio não admite a figura do confisco, ou seja, a expropriação sem nenhuma indenização, deve-se ressaltar como única exceção aquela inscrita no art. 243 da Constituição da República de 1988, que disciplina a expropriação de glebas utilizadas para plantio de substâncias psicotrópicas. Igualmente, a única forma de expropriação privada sem indenização é o usucapião, que, como já sublinhado, também encontra fundamento constitucional.<sup>481</sup> O legislador infraconstitucional, ao prever a expropriação privada, bem reconheceu seus necessários efeitos econômicos. Buscou-se a justiça distributiva na ideia de divisão de ônus social. À posse-moradia deve ser garantida a segurança jurídica mediante a contraprestação econômica ao proprietário-particular que, por sua inércia, permitiu a consolidação daquele estado fático socialmente relevante.

Diante dessas situações excepcionais de desapropriação-sanção, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que a garantia da justa indenização não perde a intensidade jurídica quanto ao seu âmbito de incidência e exigibilidade.<sup>482</sup>

Porém, persiste o problema. O que se há de entender por justa indenização? Haveria um padrão de inteireza da justiça quanto ao ressarcimento?

A indenização, nesse caso, não configura resposta compensatória ou retributiva, mas remédio às consequências da conduta não conforme ao ordenamento jurídico, pois a desapropriação privada não deixa de ser uma sanção pelo descumprimento da função social da posse e da propriedade. É evidente sua função de desencorajamento de comportamentos inertes e desvinculados da ideia de posse-trabalho ou posse-moradia. O cálculo da indenização tem que considerar a relevância da omissão do proprietário-particular e a funcionalidade atribuída à coisa pelos possuidores-moradores: “a degradação do imóvel urbano, decorrente do descaso de seu proprietário, deve ser considerada no momento da

<sup>481</sup> Nesse sentido, é extremamente controversa a figura do art. 1.276 do Código Civil brasileiro.

<sup>482</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 114682/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, j.05.11.1991.

fixação da indenização, sob pena de configurar a desapropriação como verdadeiro prêmio ao proprietário desidioso”.<sup>483</sup> Semelhante é o entendimento de Fábio Konder Comparato:<sup>484</sup> “ressarcir integralmente aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso”. Logo, a justa indenização deve ser fundada nessa ponderação. Nos moldes do padrão de Aristóteles,<sup>485</sup> o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção. Para César Fiuza, o juiz também “deverá levar em conta a condição socioeconômica dos possuidores, a fim de não inviabilizar a aquisição da propriedade por eles”.<sup>486</sup>

Ainda que o proprietário-particular tenha direito à indenização, o padrão do ressarcimento justo não pode desconsiderar sua omissão na consolidação da posse-moradia, sobretudo quando em favor de pessoas de baixa renda.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o valor da indenização deve retratar a realidade, considerando eventual desvalorização incidente em área atingida por processo de favelização.<sup>487</sup>

Em verdade, o conteúdo e o alcance da indenização para fins de desapropriação privada não poderiam considerar o padrão do mundo da mercadoria, em que tudo tem preço, prevalecendo a lógica do dinheiro, do valor de troca sem limites. A tutela da moradia como espaço do livre desenvolvimento da personalidade não poderia ter um equivalente em dinheiro. Como acentua Henri Lefebvre, “a sociedade urbana, conjunto de atos que se desenrolam no tempo, privilegiando um espaço (sítio, lugar) e por ele privilegiados, altamente significantes e significados, tem uma lógica diferente da lógica da mercadoria. É um outro mundo. O urbano se baseia no valor de uso”.<sup>488</sup>

É, pois, a partir desse valor de uso que se deve construir uma solução para o *quantum* indenizatório na desapropriação privada.

<sup>483</sup> CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada urbana obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 112.

<sup>484</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. p. 97.

<sup>485</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 110.

<sup>486</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 855.

<sup>487</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 211598/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. j.03.05.2005.

<sup>488</sup> LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade [Le droit à la ville]*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro 2001, p. 87.

Em síntese, o proprietário-particular tem direito à indenização, mas o justo do ressarcimento deve considerar sua inércia, ao menos pelo prazo mínimo legal de cinco anos, no exercício do direito de propriedade, proporcionando valor de uso pela ocupação imobiliária para fins constitucionais de moradia. A omissão desse particular não pode proporcionar-lhe nenhuma vantagem econômica: “a justa indenização a que alude o § 5º do art. 1228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.”<sup>489</sup>

Uma vez fixado o parâmetro do cálculo da indenização, cumpre determinar quem deve e quem pode efetivar o pagamento, tendo por fundamento a justiça do caso concreto. Quem deve indenizar são os beneficiários da desapropriação, aqueles que consolidaram a posse pela ocupação funcionalizada da coisa.<sup>490</sup> Em se tratando de posse-moradia, é presumível entender que os possuidores sejam economicamente hipossuficientes.<sup>491</sup> Nessa situação comum, quem poderia indenizar? Considerando a já acentuada responsabilidade estatal pela fundamentalidade do bem essencial da moradia, é juridicamente possível atribuir-lhe o dever subsidiário de indenizar o particular pela perda imobiliária, conforme solução de distribuição do ônus social, segundo a qual a justa indenização devida ao proprietário-particular somente deverá ser suportada pela Administração Pública, no contexto de política de reforma urbana, em se tratando de possuidores de baixa renda.<sup>492</sup>

Entretanto, persiste o problema. À qual esfera da Administração Pública compete o pagamento: União, Estados ou Municípios?

Considerando que cumpre à Administração Municipal a regular organização e distribuição do espaço urbano,<sup>493</sup> e tratando-se de matéria essencialmente local, é razoável entender que a justa indenização, na hipótese de possuidores de baixa renda, deverá ser suportada pelo Município. O Superior Tribunal de Justiça, em decisões reiteradas, vem

<sup>489</sup> Enunciado 240 da *III Jornada de Direito Civil*.

<sup>490</sup> Enunciado 84 da *I Jornada de Direito Civil*: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, §§ 4. e 5. do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

<sup>491</sup> Em levantamento realizado no Conjunto Jardim Felicidade, 78% dos entrevistados afirmaram renda familiar entre um e dois salários mínimos.

<sup>492</sup> Enunciado 308 da *IV Jornada de Direito Civil*.

<sup>493</sup> Cf. art. 30, VIII, da Constituição da República.

reconhecendo a competência municipal para a regularização e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.<sup>494</sup>

Porém, a desapropriação judicial indireta pode alcançar tanto bens particulares quanto públicos. E, em se tratando de imóvel público objeto do bem essencial moradia, não faz sentido o Município indenizar outro ente da Federação.

Portanto, cuidando-se de posse de bem público consolidada para fins de moradia, nos estreitos limites da desapropriação privada, os particulares economicamente hipossuficientes adquirem a titularidade da coisa, sem indenização alguma, em razão da eficácia social e geral do direito à moradia.

O poder público, a quem constitucionalmente cumpre a obrigação imediata de satisfação dos interesses socialmente relevantes, não pode valer-se de sua omissão, enriquecendo-se da ação de particulares que, mediante o instrumento legal da expropriação privada, atribuem funcionalidade à coisa. A função social é valor de eficácia não relativa.

Remanesce a indagação proposta: ausente pagamento da indenização, é cabível a desocupação da área ainda que objeto de moradias?

A essencialidade do bem-moradia não pode sofrer o condicionamento do valor econômico, mesmo porque o § 5º do art. 1.228 do Código Civil somente vinculou o pagamento indenizatório ao registro da sentença (título aquisitivo imobiliário) no Cartório de Imóveis. Sem o cumprimento do valor econômico somente não ocorreria a transferência imobiliária, mantendo-se a posse dos particulares e, formalmente, o título de propriedade do expropriado. Aí, uma situação inusitada dos dias atuais: o proprietário conserva sua formal situação jurídica, mas sem o exercício da posse direta. Enquanto os moradores mantêm a posse, mas sem a titularidade da coisa.<sup>495</sup> Não se realiza, portanto, por inteiro, o fim colimado da expropriação judicial indireta.

---

<sup>494</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 131697/SP. Rel. Min. João Octávio de Noronha, j. 07.04.2005; Resp. 432531/SP. Rel. Min. Franciulli Neto, j. 18.11.2004; Resp. 448216/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j.14.10.2003.

<sup>495</sup> Na *III Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado 241: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1228, §5º), é condicionado ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz. Na *IV Jornada*, sobressaiu o conteúdo do Enunciado 311: Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores.

### 3.9 Titularidade e legitimidade ampliadas

Se a norma disciplinadora da expropriação é restritiva do direito fundamental de propriedade, seria juridicamente possível a iniciativa da desapropriação privada pelos particulares, numa ação autônoma de desapropriação privada?

A resposta a essa inquietação pressupõe uma interpretação dissociada da mera reprodução mecânica do texto do art. 1.228, § 4º, do Código Civil. Seria necessário adaptar o texto normativo à realidade e às exigências da vida. Se a titularidade da moradia é não relativa, por alcançar qualquer pessoa, é incontestável que a habilitação para exercer essa situação ou posição jurídica é igualmente *erga omnes*.

Embora a literalidade da norma exija que o imóvel seja objeto de pretensão reivindicatória, não há dúvida de que a desapropriação privada pode ser alegada como defesa direta em pretensões também possessórias. Igualmente, poderia ser formulada via pretensão inicial e autônoma.

Uma maior extensão da garantia da propriedade funcionalizada pressupõe alargamento do âmbito de ação da desapropriação privada. É preciso haver igualdade na repartição de encargos entre as pessoas: se um sujeito de direito não exerce efetivamente o domínio, deve perdê-lo em favor de outro que confere à coisa finalidade primordial e fundamental, que é a moradia, tudo sem afastar a garantia do valor econômico do imóvel.

Se “a legitimidade é a qualidade de um sujeito que o habilite a agir no âmbito de uma situação jurídica considerada”, como quer Menezes Cordeiro,<sup>496</sup> e se a moradia é um bem essencial e indisponível, parece não haver dúvida quanto ao regramento geral da legitimidade de todos na concretização desse valor universal. A expressão “imóvel reivindicado” deve ser interpretada extensivamente, abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.<sup>497</sup>

---

<sup>496</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2007, Livro I, Tomo IV. p. 15.

<sup>497</sup> Enunciado 310 da *IV Jornada de Direito Civil*.

Semelhantes fundamentos autorizam exegese ainda mais ampliativa: a possibilidade de pretensão inicial de desapropriação privada.<sup>498</sup> Teria sentido admitir que titulares de moradia, em razão da posse já consolidada pelo tempo, somente poderiam formalizar ou declarar essa situação de segurança da posse mediante a obtenção do título de propriedade, quando provocados por ação judicial de iniciativa exclusiva do proprietário da coisa? A indagação parece conduzir a resposta negativa. Não se pode sobrevalorizar a inércia desse proprietário. A desapropriação privada tem por causa exatamente o não exercício do direito.

Nesses termos, soa contraditória a exegese que condiciona a iniciativa de todo procedimento à ação daquele que se demonstrou, a todo tempo e a todo custo, inoperante e desidioso. Veja-se que a analogia da situação parece adequar-se bem à regra procedimental do usucapião especial urbano coletivo. Há fundamento legal permitindo ampliar a legitimidade para a propositura daquela pretensão, cabendo tanto aos possuidores – isoladamente, em litisconsórcio originário ou superveniente, em estado de composesse – quanto aos substitutos processuais. Igualmente, estende-se essa pertinência subjetiva à situação de defesa processual.<sup>499</sup>

Em razão da essencialidade do bem da vida que se busca garantir, a aptidão para sua concretização não pode sofrer restrições de ordem meramente formal. Ao titular ou ao beneficiário da situação considerada de expropriação privada assiste a possibilidade de desencadear seus efeitos, seja mediante iniciativa processual, seja mediante defesa em qualquer procedimento petitorio ou possessório. Acresça-se aqui a necessidade de intervenção obrigatória do Ministério Público, como *custos legis*, em procedimentos em que suscitada a desapropriação privada. Se a desapropriação privada se inspira no sentido social e no conteúdo fundamental da propriedade, afastando seu caráter meramente econômico, justificada se afigura a intervenção ministerial como fiscal dos pressupostos dessa modalidade aquisitiva originária de propriedade, particularmente quanto à concreção dos seus elementos normativos e descritivos.

Igualmente relevante é a analogia com o art. 12, § 1º, do Estatuto da Cidade, que, pela razão de fundamentalidade, determina obrigatória a intervenção do Ministério Público

---

<sup>498</sup> Contrariamente, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48; VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.

<sup>499</sup> Arts. 12 e 13 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

em pretensões de usucapião especial. “Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.<sup>500</sup>

A essencialidade e a indisponibilidade da moradia, por si só, justificam essa atuação.

Ultrapassando fronteiras e ampliando os horizontes, também se entende que a ação ministerial não se cinge à qualidade de *custos legis*, tendo o *Parquet* ainda legitimidade extraordinária para propor pretensões de desapropriação em favor dos titulares do direito à moradia, e o fundamento dessa atribuição é constitucional: o art. 127, *caput*, da Constituição da República é expresso ao prever a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis como atribuição ministerial.

A elevada qualificação do direito à moradia como direito autônomo da personalidade, como valor essencial, irrenunciável, da pessoa humana, determina e exige o aprimoramento da ação ministerial, desnecessária a regulação infraconstitucional por se tratar de ação de tutela de direitos indisponíveis.

A autoaplicabilidade do art. 127 é manifesta. Nesse sentido, é o magistério de Teori Albino Zavascki,<sup>501</sup> por ser a norma constitucional um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o Órgão Ministerial ao exercício das atribuições ali definidas, produzindo toda a eficácia normativa que lhe é própria. Trata-se, pois, de preceito mais específico que o contido no art. 82, III, do Código de Processo Civil, de cuja autoaplicabilidade nunca se duvidou.

Segundo José Carlos de Freitas:<sup>502</sup>

[...] ao atribuir ao Ministério Público o poder-dever de atuar na defesa dos interesses sociais (art.127, *caput*) e de zelar para que os Poderes Públicos respeitem os direitos assegurados pela Carta Magna (art.129, II), como “*verbi gratia*”, o *direito social à moradia* (CF, art.6º, *caput*), a Constituição

<sup>500</sup> Enunciado por mim proposto e aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*. Cf. AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, Vol. II. p.624-625.

<sup>501</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 252-254.

<sup>502</sup> FREITAS, José Carlos de. *Ordem urbanística e acesso à terra*. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 272.

Federal moldou-lhe com o perfil tutelar qualificado pelo interesse público, e não meramente formal.

Para Rômulo Russo Júnior, o Ministério Público pode propor ação civil pública com vistas à promoção do direito à moradia das pessoas de baixa renda. Segundo o autor, pretensão dessa natureza pode ser formulada para “regularização de uma favela inteira. Trata-se de obra trabalhosa, mas possível.”<sup>503</sup>

Sendo o Ministério Público constitucionalmente autorizado a atuar como substituto processual na defesa e promoção do direito à moradia, tendo o problema da habitação dimensões individuais e sociais, sendo também amplamente cabível a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, o conteúdo da desapropriação privada pode e deve ser veiculado pelo instrumental da ação civil pública.<sup>504</sup>

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a promoção de direitos individuais homogêneos. O Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que a pretensão à moradia, ainda que seus beneficiários sejam pessoas determinadas, pode ser objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, tratando-se, pois, de interesse extrapatrimonial, marcado pela indisponibilidade.<sup>505</sup>

Enfim, a tutela e o resguardo do espaço urbano, no qual se insere fundamentalmente o valor moradia, devem também ser objeto da ação do Ministério Público, como autor de ação civil pública ou como fiscal da realização do conteúdo normativo da desapropriação privada.

### 3.10 Impactos sociais e jurídicos

O processo de urbanização não pode ser discriminatório, mantendo ou arrastando um universo de pessoas para as periferias e subúrbios desestruturados, como se fosse possível desconectá-las da cidade e seus espaços de dignidade.

<sup>503</sup> RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. 2006. 235 f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p.171.

<sup>504</sup> A Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, no art. 1º, VI, prevê seu alcance à ordem urbanística.

<sup>505</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1120253/PE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 15.10.2009.

Se a racionalidade estatal admitir compartilhar dessa realidade de exclusão, caberá ao ordenamento jurídico impor que, quanto à utilização do espaço público, a proteção deverá envolver indistintamente todas as pessoas.

Em verdade, não é somente “no” e “pelo” Estado, com toda sua burocracia, que o direito à moradia se realiza, mas também na autonomia privada, que provoca e constrói espaços de dignidade. Esse é o sentido existencial da desapropriação privada.

A diminuição de excluídos na sociedade, vivendo em situação marginal, pode funcionar como um poderoso contributo para enfrentar a violência nas cidades, pois é possível que o preconceito e a exclusão sejam mitigados a partir do momento em que o cidadão se sente sujeito de direito na urbe.<sup>506</sup>

Também a regularização fundiária pode incrementar medidas de urbanização, atribuindo aos integrantes dessas comunidades maiores e melhores equipamentos urbanos.

Alguns autores, porém, questionam a eficácia da atribuição do título de propriedade aos moradores dessas áreas. Segundo Mike Davis, essa situação pode gerar uma realidade de comercialização de favelas, de mercadorização da moradia e de verticalização dos assentamentos precários, em que as ocupações irregulares do solo seriam justificadas pelo interesse econômico, ensejando pressões para a regularização fundiária e, uma vez satisfeita esta, os proprietários alienariam os imóveis, buscando proceder de igual maneira em outras áreas.<sup>507</sup>

A mesma preocupação é externada por Edésio Fernandes:<sup>508</sup>

[...] a mera atribuição de títulos individuais de propriedade pode até garantir a segurança individual da posse, mas com frequência acaba fazendo com que os moradores vendam suas novas propriedades e sejam “expulsos” para as periferias precárias, em muitos casos invadindo novas áreas – onde o mesmo processo de ilegalidade começa novamente.

A desapropriação privada não é instrumento de fomento desse círculo vicioso de ocupações irregulares e pretensões de urbanização fundadas em critérios meramente econômicos.

<sup>506</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13-132.

<sup>507</sup> DAVIS, Mike. *Planeta favela* [Planet of slums]. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 51-101.

<sup>508</sup> FERNANDES, Edésio. Legalizando o ilegal. In.: BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 143.

Trata-se de mecanismo normativo que objetiva o reconhecimento de situação fática consolidada pelo tempo, e não de invasões fundiárias ao arripio do ordenamento jurídico, pois a desapropriação – repita-se – tem por fundamento o direito de personalidade à moradia, de natureza essencial e irrenunciável.

Na verdade, não se pode restringir a autonomia privada impedindo a titularidade da própria casa ao argumento de possíveis desvios ou irregularidades.

A não concessão do título não impede a comum alienação da posse imobiliária. Também a possibilidade de alienação da propriedade não configura vício algum. A irregularidade está nas formas ilícitas de ocupação e permanência de áreas urbanas.

Como acentua Denis Lerrer Rosenfield:<sup>509</sup>

[...] para que tenhamos propriedade privada no sentido estrito, é necessário, entre outras condições, que haja o direito de usufruto dessa propriedade e o direito de aliená-la. Se essas condições não são preenchidas, teremos uma propriedade imperfeita, incompleta, defeituosa. Se há a posse de um determinado imóvel numa favela, sem a possibilidade de aliená-lo livremente segundo regras legalmente estipuladas, essa forma de propriedade é defeituosa e os seus benefícios sociais e econômicos incompletos, pois o seu usufruto é restrito.

A partir de presunções de má-fé, certamente, não se preencherá o conteúdo normativo vago da desapropriação privada. Sua efetividade decorre do fundamento defendido da essencialidade do bem de moradia.

---

<sup>509</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 62.

## TÍTULO V CONCLUSÃO

O estar abrigado sempre foi uma necessidade humana, desde a vida iniciante, com a morada natural do ventre materno, até a vida findante, que, para o Cristianismo, proporciona a redenção eterna, pois na Casa do Pai há muitas moradas.

Por mais que o ser humano tenha mobilidade sem fronteiras, é manifesta, em vários momentos de sua vida, a necessidade de fixar-se, encolher-se e realizar-se em algum canto do mundo.

A trilogia “posse, propriedade e domicílio” mostrou-se extremamente reducionista. Qualquer pessoa tem um domicílio, embora muitos não tenham um espaço de morar, que ultrapassa também as fronteiras materiais e econômicas da posse e da propriedade.

Igualmente, a conhecida evolução dos direitos em gerações ou ondas deixou de permitir a integral compreensão da dimensão do direito à moradia.

Classicamente, o indivíduo nada esperava do Estado, senão que este não agredisse sua tranquilidade e solidão. Contemporaneamente, o indivíduo exige que o Estado fique no lugar que lhe é próprio, mas que também tome medidas a fim de assegurar maior felicidade e prosperidade a todos.

Porém, a dignidade material do ser humano ou o direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, muitas vezes, afigura-se como retórica programática do texto constitucional.

O direito à moradia transcende a ideia de prestação estatal ou particular e também não se restringe a uma função de defesa. O destinatário a um espaço essencialmente propício à proteção de sua dignidade é a pessoa em si, independentemente de um contraponto com o poder público ou com poderes privados.

Em vários momentos históricos, o direito à moradia foi compreendido como expressão de reserva da privacidade, da intimidade ou dos segredos de família, tendo sido muitas vezes confiado ao princípio geral da dignidade da pessoa humana.

A construção do espaço humano deve ser fundada sobre os pilares dos direitos de personalidade, resultado de toda engenhosidade e essencialidade humanas.

O ser humano é artífice do seu espaço, e o direito à moradia deve ser compreendido como categoria autônoma de direito de personalidade, com contornos precisos, eficácia não relativa, exaltando a essencialidade do bem inerente à personalidade humana.

A casa é o espaço do eu, mas também do outro. A moradia é o local do encolhimento, mas também da expansão e da realização da afetividade familiar. Fora de sua solidão, é na proximidade afetiva que o ser humano encontra as condições de sua integridade, sendo a casa o *locus* privilegiado.

A casa é o local de resguardo, e também de encontro com o mundo. Assim como o nome e o estado civil, o endereço identifica e individualiza.

O deficit quantitativo e qualitativo de moradias demonstra a necessidade de mudança de paradigma. O enquadramento como direito social vem justificando a não realização ou a incompleta realização do direito à moradia, sempre vinculado às forças econômicas do mercado ou do poder público.

Se, há muito, a dignidade da pessoa humana é preocupação de todos, a ocupação do espaço urbano somente neste início de século ganhou maior projeção, com intensa e desordenada urbanização.

Dizer que a moradia é expressão ou bem que se insere no catálogo aberto da dignidade da pessoa humana é uma verdade que pouco explica, porque, assim como todos os direitos são da pessoa, todas as relações jurídicas devem garantir e observar o valor de sua dignidade. A nota de relevo é a essencialidade da moradia para a constituição e o pleno desenvolvimento da pessoa.

O direito à moradia apresenta uma transcendência econômica, uma autonomia normativa, vai além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, não se confundindo com o direito de posse, propriedade, institutos de residência, domicílio ou com qualquer categoria de direitos reais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia objetiva do bem-moradia decorre, além do fundamento do art. 5º, XI, da Constituição da República, também do

disposto no art. 6º. O local de morada é bem jurídico autônomo, ainda que tenha por função a tutela da privacidade, da intimidade ou da identidade pessoal.

O conteúdo do direito subjetivo não se confunde com seu objeto. A essencialidade do espaço existencial não pode ser confundida com as formas de sua realização, com objetos sobre os quais incide o poder do seu titular.

Não se pode falar, atualmente, em regularização fundiária dependente da iniciativa ou da boa vontade do poder público. Na perspectiva personalista do direito à moradia, cumpre a cada pessoa sua defesa e promoção, com o Estado ou sem ele, apesar dele e mesmo contra sua atuação.

Ao contrário de possíveis interpretações, a desapropriação judicial indireta ou desapropriação privada não proporciona violações do ordenamento jurídico, não incentiva invasões fundiárias; protege a confiança daqueles que, pacificamente, exercem a posse-moradia em contraponto à manifesta inércia do proprietário.

Assentado que a intangibilidade do espaço não é determinada por sua titularidade, pública ou privada, mas pela efetiva destinação ou fruição do bem existencial, é imperioso observar a dignidade da proteção do local de morada.

Trata-se de forma de proscreever comportamentos contraditórios ou inadmissíveis de titular de direito que, abstendo-se de seu exercício durante considerável lapso de tempo, fomenta, na contraparte, a confiança da aquisição originária, não podendo o proprietário desidioso, depois do decurso temporal, lograr êxito em pretensões possessórias ou petitorias.

A desapropriação privada não é somente mecanismo de defesa, mas, sobretudo, de promoção do direito de personalidade à moradia. Afigura-se juridicamente possível a iniciativa da desapropriação pelos particulares por via de uma ação autônoma de desapropriação privada.

Sendo a moradia bem essencial e indisponível, parece inexistir dúvida quanto à legitimidade extraordinária e constitucional do Ministério Público para a concretização desse valor universal. Buscou-se, no desenvolvimento desta tese, demonstrar a plena efetividade da desapropriação privada como instrumento jurídico de realização do direito especial de personalidade à moradia, garantindo-se a segurança da posse, sobretudo em espaços de exclusão urbana.

Como toda construção, firmados os alicerces, erguidas as paredes contra indevidas ingerências externas e abertas as janelas para a vida, poder-se-iam apontar outras e relevantes possibilidades de preenchimento do espaço.

Porém, não há dúvida de que toda obra se expande. Toda obra é um processo humano inacabado. Quer-se aqui, porém, deixar a firme certeza de que a relação aberta e crescente dos direitos de personalidade é marco teórico de toda investigação, havendo espaço também para compreender o direito à moradia.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, 2003.

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

ALBIGÈS, Christophe. Le droit au logement. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p. 789-812.

ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. Da igualdade e da diferença. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.347-349.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 97, jan./mar. 1988. p. 181-190.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. II, Tomo I, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana* [The human condition]. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. *A política* [La politique]. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 342, abr./jun. 1998. p. 121-129.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 22, 2009, p. 23-43.

AZEVEDO, Aluísio. *O cortiço*. São Paulo: Ática, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, mar. 2002. p. 11-26.

BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 10. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

BADINTER, Robert. La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.) *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.125-145.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARRÉ-PÉPIN, Martine. *La protection du logement en droit privé*. Paris: Litec, 2009.

BERLIOZ, Pierre. *La notion de bien*. Paris: LGDJ, 2007.

BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERTRAND-MIRKOVIC, Aude. *La notion de personne: étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

BESERRA, Marcelo. *Desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume I. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951, v. 1.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo* [A short history of the world]. Trad. Tibério Júlio Couto Novais. São Paulo: Fundamento Educacional, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. [Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto]. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Baureri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* [Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto]. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFFA, Romain. *La destination de la chose*. Paris: Defrénois, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. Deficit habitacional no Brasil 2007. Brasília, 2009.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Delloz, 2008.

CALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do espaço criminalizado no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. Original alemão.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzenz]. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada urbana obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito* [Como nasce il Diritto]. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, Vol. VIII.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CHAMOUN, Ebert. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 32, n. 134, abr./jun. 1975. p.1-199.

CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COHEN, Dany. Le droit à... In.: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999. p. 393-400.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. p. 92-99.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. *Campanha da fraternidade 1993: texto-base*. São Paulo: Salesiana Dom Bosco, 1993.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, Livro I, Tomo I.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, Livro I, Tomo II.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, Livro I, Tomo III.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2007, Livro I, Tomo IV.

COSTA, José Rubens. *Este obscuro objeto do direito: a propriedade*. 1984. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e germanismo no código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 13, 1997. p. 7-27.

COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. *Dívidas condominiais e bem de família no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995. p. 49-54.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Usucapião coletivo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 115, jul./set. 1992. p. 373-380.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Taquigrafado por Víctor Bourhis Jurgens. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAVIS, Mike. *Planeta favela* [Planet of slums]. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

DE BOTTON, Alain. *A Arquitetura da felicidade* [The architecture of happiness]. Trad. Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade* [I diritti della personalità]. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DE VITA, Anna. *Rapport italien*. In.: *Le droit au logement. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XXXIII, Paris, 1984. p.587-617.

DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis de code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. [Der ursprung der familie, des privateigentums und des staats]. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2004.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* [Einführung in das juristische denken]. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1940, Vol. IV.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 128, abr. / jun. 1977. p. 27-35.

FARIA, Manuel Veiga de. *Elementos de direito urbanístico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.3-23.

FERNANDES, Edésio. *Legalizando o ilegal*. In.: BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 141-143.

FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.309-363.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de boa-fé em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1228, § 4. do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 21, jan./mar. 2005, São Paulo. p. 123-129.

FIUZA, César. Coisas e bens. In.:FIUZA, César (Org.) *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 419-434.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FREITAG, Bárbara. *Cidade dos homens*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

FREITAS, José Carlos de. Ordem urbanística e acesso à terra. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 267-279.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 10. ed. Atualizada por Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. Deficit habitacional no Brasil 2005. Belo Horizonte, 2006.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma* [La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome]. Trad. Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Trad. Étienne Sacre, Jean Grondin e Pierre Fruchon. Paris: Éditions du Seuil, 1996.

GAUDU, François. Les droits sociaux. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.) *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.743-758.

GIL, Hernández. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

GIORGIANI, Michele. La morte del codice ottocentesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XXVI, n.1, gennaio/febbraio 1980. p.52-55.

GLEIZE, Bérengère. *La protection de l'image des biens*. Paris: Defrénois, 2008.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 216, ano 62, out./dez. 1966. p. 5-10.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRIMALDI, Michel. Rapport français. In.: Le droit au logement. *Journées Mexicaines*. Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, 1984, Tome XXXIII. p. 421-445.

GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador [La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico]. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Enani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- GRUNSKY, Wolfgang. La tutela delle locazioni ad uso abitativo nel diritto tedesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XXVIII, settembre/ottobre 1983. p.583-610.
- GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.
- GUINAND, Jean. Rapport général. In.: *Le droit au logement. Journées Mexicaines*. Travaux de l'Association Henri Capitant. Paris, 1984, Tome XXXIII. p. 497-507.
- GUTMANN, Daniel. *Le sentiment d'identité: étude de droit des personnes et de la famille*. Paris: L.G.D.J, 2000.
- HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica, 2008.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. [The concept of Law]. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1947. Original alemão.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil*. Derechos reales. Trad. Jose Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Vol. II. Original alemão.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7.
- JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. Original alemão.
- JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*. 12. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.
- JOÃO PAULO II. *Centesimus Annus*. São Paulo: Paulinas, 1991.
- JOÃO PAULO II. *Laborem Exercens*. 13. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.
- KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 70. année, juillet-septembre, 1971, n. 3. p. 446-509.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* [Metaphysik der sitten]. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Grundlegung zur metaphysik der sitten]. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. Original alemão.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica* [Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik]. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1990.

LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

LE DROIT AU LOGEMENT. Journées Mexicaines, 1982. Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXIII, Paris, 1984.

LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. [Le revolution urbaine]. Trad. Sérgio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. [Le droit à la ville]. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

LEITÃO, Isolda. Uma experiência de usucapião coletivo em Jaboatão dos Guararapes – Pernambuco. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.145-176.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil*, n. 78, ano 20, out./dez. 1996. p. 22-40.

LEPAGE, Agathe. Les droits de la personnalité confrontés à l'internet. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p. 243-267.

LIBCHABER, Rémy. La propriété, droit fondamental. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.) *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p. 649-667.

- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* [The second treatise of civil government]. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. *Revista de Direito Alternativo*, n. 2, São Paulo, 1993. p. 114-136.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MARITAIN, Jacques. *Sete lições sobre o ser* [Sept leçons sur l'être]. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, jun. 1992. p. 47-58.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política* [Zur kritik der politischen oekonomie]. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001. Original alemão.
- MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. In.: CHAVES, Antônio. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 99-124.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação: doutrina, legislação e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

MIRÀNDOLA, Pico Della. *A dignidade do homem* [Oratio de hominis dignitate]. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito de personalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 590, dez./1984. p.14-24.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. Parte I. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, set. 1972. p. 64-81.

MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil. In.: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.125-138.

NERY JÚNIOR, Nelson. Interditos possessórios. *Revista de processo*, n.52, São Paulo, out./dez. 1988, p. 170 -182.

NERSON, M. Roger. Jurisprudence française en matière de droit civil: Personnes et droits de famille. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 70. année, janvier-mars, 1971, n. 1. p. 109-130.

NOUWEN, Henri J. M. *A volta do filho pródigo: a história de um retorno para casa* [The return of the prodigal son]. Trad. Sônia S. R. Orberg. São Paulo: Paulinas, 1997.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 17-39.

OST, François. *O tempo do direito* [Le temps du droit]. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. *As três figuras básicas da teoria geral do processo*. 1999. 194 f. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 1999.

- PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e sua função social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 93, jan./mar. 1987. p. 213-228.
- PAVIA, Marie-Luce. La dignité de la personne humaine. In.: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord). *Libertés et droits fondamentaux*. 14. éd. Paris: Dalloz, 2008. p.149-171.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Vol. IV.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, Tomo I.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* [Il diritto civile nella legalità costituzionale]. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* [Profiti del diritto civile]. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade* [Property and freedom]. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- PLATÃO. *A república* [Politeia]. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Para uma melhor distribuição da terra: o desafio da reforma agrária*. São Paulo: Paulinas, 1998.
- POUSSON, Alain. Domicile et identité. In.: J. POUSSON-PETIT. *L'identité de la personne humaine: étude du droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2002. p.529-564.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?* [Qu'est-ce que la propriété?]. Trad. Marília Caeiro. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

REALE, Miguel. *Exposição de motivos da comissão revisora e elaboradora do Código Civil*. Janeiro de 1975. Publicação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. Brasília, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 48, v. 286, ago. 1959, p. 458-464.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 85, v. 723, jan. 1996. p. 204-223.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, v. 104, maio 1983. p. 468-496.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, v. 149, set. 1994. p. 666-692.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1 e 2.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

RIGGSBY, Andrew M. The post reditum speeches. In.: MAY, James M. *Brill's companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*. Boston: Brill, 2002.

RIPERT, Georges. *Le declin du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo código civil e os direitos fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, 2003, p. 199-211.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. 2006. 235 f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

SAINT-ALARY, Roger. Rapport de synthèse In.: *Le droit au logement*. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, 1984, Tome XXXIII. p. 11-21.

SAINT-THOMAS. *Somme théologique*. Les éditions du Cerf. 1996, v. 3, II-II, Q. 66, art. 1 e 2.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.1019-1049.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, n. 2, jul./ set. 2003. p. 65-119.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Trad. Genri Staedtler. 7. éd. Bruxelles: Bruylant Christophe & Compagnie, libraires-éditeurs, 1866.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, Vol. VI.

SILVA, Cláudio Teixeira da. O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições constitucionais transitórias. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002. p.79-83.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998. p. 89-94.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donaldo Schuler. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SORACE, Domenico. *Rapport italien*. In.: Le droit au logement. Journées Mexicaines. Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXIII, Paris, 1984. p. 125-143.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TASCHNER, Suzana Pasternak. O Brasil e suas favelas. In.: ABRAMO, Pedro (Org.). *A cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, 2003. p. 15-35.

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THIAGO DE MELLO. *Os estatutos do homem*. 1964.

- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. *Da incorporação imobiliária: implementação do direito fundamental à moradia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- UN DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION, WORLD URBANIZATION PROSPECTS, Nova York, 2002.
- UN-HABITAT. *Slums of the world: the face of urban poverty in the new millennium?* Nairóbi, 2003.
- UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. *Financing urban shelter: global report on human settlements 2005*. New York: UN-HABITAT, 2005.
- VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. Conferência proferida no curso de Pós-Graduação da UFMG em 19.08.2002.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VELOSO, Zeno. O domicílio: no direito brasileiro, no português e no projeto de código civil do Brasil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jul./set. 1986. p.14-37.
- VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *Revista de direito privado*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 2000. p. 9-16.
- VILLELA, João Baptista. O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal e Minas Gerais*, out. 1961.p.221/230.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZUBIRI, Xavier. *El hombre y Dios*. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

### **Decisões judiciais**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 13663/SP. Rel. Min. Athos Carneiro, j.22.09.1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 150379/MG. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.11.1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 187940/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.02.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 8373/RJ. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.05.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 182223/SP. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j.18.09.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 73518/RS. Rel. Min. Barros Monteiro, j.18.11.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 223419/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.11.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 107640/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.03.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 113255/MT. Rel. Min. Ari Pargendler, j. 10.04.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 345933/RJ. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.03.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 415765/MT. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.05.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 97634/RS. Rel. Min. Castro Filho, j. 16.02.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 448.216/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.10.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 550387/SE. Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 445990/MG. Rel. Min. Franciulli Netto, j. 09.11.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 432531/SP. Rel. Min. Franciulli Neto, j. 18.11.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 131697/SP. Rel. Min. João Octávio de Noronha, j. 07.04.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 211598/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.05.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 511023/PA. Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18.08.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 174108/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 826838/RJ. Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 648072/RJ. Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 878441/RS. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 108677/GO. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 968907/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.03.2009,

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1120253/PE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.10.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 60565/SP. Rel. Min. Moreira Alves, j. 22.04.1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 114682/SP. Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 05.11.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 352940/SP. Rel. Min Carlos Velloso, j. 25.04.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie, j.11.10.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 410715/SP. Rel. Min. Celso de Melo, j. 22.11.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407688/AC. Rel. Min. Cezar Peluso, j.08.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 90376/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, j.03.04.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 564035/SP. Rel. Min. Cármen Lúcia, j.30.04.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95077/RJ. Rel. Min. Eros Grau, j. 19.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo* n. 345, Brasília, 26 a 30 de abril de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo* n. 539, Brasília, 16 a 20 de março de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AAG 4788/MG. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, j. 24.08.2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AAG 4769/RJ. Rel. Humberto Gomes de Barros, j.02.10.2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resp. 23721/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.11.2004.

FRANCE. Cass. 2. Civ., 5 juin 2002, RTD Civ. 2003.

FRANCE. Conseil Constitutionnel, 19 janvier 1995, 1995-359 DC.

FRANCE. Conseil Constitutionnel, 29 juillet 1998, 1998-403 DC.

FRANCE. Tribunal Civil de la Seine, 31 janvier 1950, 1950-151.

ITALIA. Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Sentenza 404/1988.

### **Jornais**

FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C5, quarta-feira, 22 de outubro de 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B3, domingo, 8 de março de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B3, terça-feira, 10 de março de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B4, quarta-feira, 11 de março de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Dinheiro, B6, domingo, 22 de março de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-1, segunda-feira, 27 de abril de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-3, domingo, 3 de maio de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Cotidiano, C-1, domingo, 31 de maio de 2009.

O GLOBO, p. 16, domingo, 24 de maio de 2009.

### **Sítios consultados**

[www.terranovarf.com.br](http://www.terranovarf.com.br)

[www.habitatbrasil.org.br](http://www.habitatbrasil.org.br)

[www.unhabitat.org](http://www.unhabitat.org)

[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)

[www.lincolinst.edu](http://www.lincolinst.edu)

[www.un.org/esa/population/publications/publications.htm](http://www.un.org/esa/population/publications/publications.htm)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt)

[www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt)

[www.governo.it](http://www.governo.it)

[www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[www.fjp.gov.br](http://www.fjp.gov.br)