

A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA NOS TRIBUNAIS

Jefferson Matos Rosseto¹

Ana Paula Gracioli Rosseto²

Resumo: O direito à moradia tem por escopo minimizar o sério problema social do déficit habitacional no Brasil. Entretanto, o exercício a este direito fundamental não é absoluto, eis que, a moradia poderá ter seu exercício relativizado perante outros direitos igualmente constitucionais como é o caso dos direitos coletivos, como o meio ambiente e a proteção dos bens públicos. A tomada de imóveis públicos por favelas tem sido tema de ampla discussão no Poder Judiciário, tendo ocorrido, por inúmeras vezes a retomada do bem, visto que as construções foram ali erigidas em desacordo com a ordem urbanística, causando risco aos próprios posseiros, além de serem, por diversas vezes consideradas como “poluição indireta” pelos tribunais porque atentam contra a qualidade de vida daqueles que moram em volta de tais “loteamentos clandestinos”.

Palavras-chave: Moradia; direito; efetividade.

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HOUSING IN THE COURTS

Abstract: The housing rights have as scope the social question of housing shortage in Brazil, which is a serious social problem. Although, the prosecution of this fundamental right is not

¹ Aluno do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e Advogado.

² Aluna da graduação em Direito da Faculdades Integradas de Bauru-SP.

absolute, as housing rights may not be regarded when facing another rights which are also constitutional, an example that can be held in this context are group or collective rights as such environmental rights and public properties protection. The illegal construction of shantytowns on properties which belong to Government had been an broad essay discussed by Brazilian judges and several times a real state property retake, as the shantytowns were considered in this case buildings constructed against the urban legal act and so on they are an great risk of tragedy to people living in those areas, besides Court has, more than once, considered those constructions as “indirect pollution” because they attempt against the life dignity itself of those who live nearby the shantytowns or “clandestine areas”.

Keywords: House; right; effectiveness.

INTRODUÇÃO



direito à moradia, que se encontra no rol dos direitos sociais e fundamentais do artigo 6º da Constituição Federal se liga ao conceito de dignidade da pessoa humana enquanto garantidor de um local, de um espaço físico onde um indivíduo possa exercer sua liberdade na esfera privada, onde possa se realizar como pessoa.

Há, assim como em outros direitos fundamentais positivados, como é o caso do direito à liberdade, à vida, à dignidade, um conteúdo que não pode ser definido ou limitado a uma única condição de exercício. Assim, por exemplo, quando falamos em direito à vida, logo se pensa no direito de não ser morto por qualquer circunstância injusta; entretanto, quando o tema é o nascituro, as discussões logo surgem, visto que seria necessário, para salvaguardar inequivocadamente tal direito, se saber em que momento pode se dizer que alguém é humano, se

desde a concepção ou no momento em que os órgãos começam a tomar a forma de ser humano. Como isso ainda é pauta em discussão no mundo jurídico, o direito à vida permanece um tipo aberto, quer dizer, há de se encontrar seu significado jurídico em confronto com a situação concreta. No mesmo passo se encontra o direito à moradia: o problema não é estabelecer um lugar para que o indivíduo se fixe com ânimo definitivo; isto é meramente seu domicílio; a moradia tem algo mais, é o lar, é onde alguém vive e convive com a família de forma digna.

O problema do direito à moradia, nesse contexto é o de se saber exatamente em que termos um indivíduo o exerce de forma digna. É óbvio que uma pessoa vivendo debaixo de uma ponte não tem exercício efetivo do direito à moradia. Também fica claro que, muito embora as favelas sejam erigidas sobre solo clandestino e que são fruto da vontade dos posseiros em ter um lugar para chamar de “lar”, as condições de higiene e saúde são ali precárias, o que não garante que o exercício do direito à moradia seja ali também efetivo.

O déficit habitacional acaba por gerar construções irregulares espalhadas nos centros urbanos e, infelizmente esta situação não é mais uma exceção, mas uma regra.

Entretanto, mesmo levando-se em consideração que as favelas são resultado de uma política habitacional deficitária, o Poder Judiciário têm relativizado o exercício do direito à moradia nesses casos. Esse direito, embora guarde vantagem hierárquica sobre outros direitos dada sua característica de direito fundamental, não é absoluto.

Em várias oportunidades, ao lado de direitos coletivos, como a proteção dos bens públicos e ao meio ambiente, o direito à moradia foi considerado o menos importante.

Claro que isto não é uma regra, o que se discutiu perante o Poder Judiciário nos casos analisados neste artigo é que o exercício ao direito à moradia não é apenas um direito subjeti-

vo, quer dizer, não é apenas livre o sujeito para encontrar o lugar que quiser para chamar de lar e ali exercer sua liberdade de maneira digna, mas há de se contrastar essa vontade subjetiva com as condições consideradas dignas objetivamente: um barraco erigido sem as mínimas condições de habitação, sem luz, água ou higiene não pode, objetivamente ser considerado um espaço digno para a moradia. Além do mais, este exercício se reconhecido pelo direito acabaria por solapar os demais direitos considerados fundamentais coletivos, como o meio ambiente.

Podemos considerar que nestes casos, uma decisão a contrario sensu, acabaria por determinar um abuso de poder no exercício do direito à moradia e estariam os tribunais reforçando uma era de direitos que não está no contexto atual da Social Democracia, mas do antigo regime liberalista, onde as garantias individuais valiam mais do que qualquer outra coisa e a liberdade foi compreendida como um livre fazer desde que a lei não proibisse.

O estado atual do Direito não permite mais esta concepção no sistema jurídico brasileiro. Ao lado dos direitos fundamentais convivem em pé de igualdade os direitos sociais e dentre eles, os direitos coletivos. Assim, a possibilidade de exercício de direito se tornou mais limitada, entre as liberdades deve-se levar em consideração os direitos de grupos, os direitos coletivos e os chamados interesses difusos.

1. MÍNIMO EXISTENCIAL COMO NÚCLEO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESERVA DO POSSÍVEL

O rol dos direitos fundamentais positivados no sistema brasileiro é amplo e não se limita àqueles que estão dispostos no artigo 5º ou nos artigos 6º ou 183 da Constituição Federal.

Tais direitos são identificáveis porque se ligam à noção

de dignidade da pessoa humana e não é incomum encontrar não somente regras, mas também princípios ou subprincípios. O problema que surge então, como assinala Barcellos (2002, p. 191) é de se saber quais os efeitos desejados por tais subprincípios:

A primeira conclusão é que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

Apesar disso, e embora seja possível identificar, de todas as normas constitucionais apresentadas, várias regras – como a que dispõe a respeito da educação fundamental obrigatória e gratuita –, boa parte delas assume a forma de princípios ou subprincípios, cuja característica, como já mencionado, e a indeterminação, maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir e/ou a multiplicidade dos meios capazes de realizá-los. Este, portanto, é o primeiro problema a enfrentar na matéria: que efeitos essas normas pretendem produzir?

Para enfrentar o problema do que seja o mínimo existencial para a garantia do direito à moradia é de se compreender em que termos ocorre seu exercício efetivo. Podemos compreender o mínimo existencial como aqueles direitos sem os quais o indivíduo deixa de ser considerado humano:

O mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

Como afirma Nascimento, o mínimo existencial é uma espécie de direito fundamental atômico que todo ser humano possui e, por esta razão, é válida independentemente de haver ou não uma prescrição legal que o positive:

O mínimo existencial deve ser visto como a base e o alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental e essencial, vinculado à Constituição Federal, e não necessita

de Lei para sua obtenção, tendo em vista que é inerente a todo ser humano.

Quando falamos em mínimo existencial, é importante nos lembrarmos do Título II – “Garantias e Direitos Fundamentais”, da Constituição Federal. Nesse Título encontramos direitos tão fundamentais, sem os quais não conseguiríamos viver. Por isso, o mínimo existencial está ligado à idéia de justiça social (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

O direito à moradia só pode ser compreendido em sua plenitude a par de um direito fundamental central: a idéia de dignidade da pessoa humana. Quer dizer, em outras palavras, que há um mínimo a ser preenchido nas condições para o exercício do direito à moradia e este mínimo é o direito a uma moradia digna.

Quando dizemos que o direito à moradia está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, seja como princípio ético e constitucional que é, queremos dizer que não se trata de um exercício qualquer de tomar como seu um lugar para morar, mas que o exercício deste direito se perfaça sempre de forma digna. Em outras palavras, a dignidade é, neste caso, o mínimo existencial para o direito à moradia e, sem ela, é como se tal direito fundamental social perdesse, de certa maneira, o seu sentido. Isso porque, como afirma Ana Paula de Barcellos, os sistemas constitucionais não são neutros. Neles o legislador constituinte positivou tendências ideológicas que marcam a interpretação dos dispositivos legais e, portanto, não se trata apenas de uma orientação hermenêutica desprovida de alguns toques éticos ou morais. Daí porque, modernamente, entende-se que a par dos instrumentos interpretativos técnicos há outros como a indução e a dedução que fazem parte da atividade jurisdicional.

Assim, quando uma lesão de direito é levada ao Poder Judiciário para ser discutida, o que ocorre de fato, segundo a moderna teoria processual é que o magistrado tem, a par da técnica jurídica – aqui nos referimos a regras de hermenêutica jurídica tais como a interpretação gramatical, teleológica, histó-

rica, restritiva, expansiva e outras – há algo mais, há cultura, há valor axiológico e há um balizador mínimo na formação da convicção do juiz que é o mínimo existencial.

Por esta razão, afirma Fredie Didier que na atividade jurisdicional os precedentes são de grande importância.

Precedente significa *fato anterior, ato antecedente a outro similar*. Isso significa que, ao lado daquilo que conhecemos como hermenêutica jurídica encontramos um sistema próprio que também gera direito: o sistema de precedentes.

Aquilo que o magistrado analisa na fundamentação da sentença não é mera premissa do dispositivo da sentença (norma individual), mas tem papel concreto na vida do Direito: forma a idéia de *fato anterior*, ou seja, de argumentação já construída pelo Poder Judiciário (mesmo que seja em primeira instância, pelo juízo monocrático). Nesse sentido, o fato anterior tem força de corroborar com uma discussão ou *conflito*, se quisermos utilizar o termo jurídico mais comum, de modo a conduzir o caso a uma determinada interpretação possível.

Portanto, hoje não podemos falar em mera subsunção, interpretação ou integração da regra jurídica. Há que se compreender que processos dedutivos e indutivos são permitidos no conhecimento do Direito pelo juiz e o fato anterior criado pelo precedente auxilia nos processos dedutivos ou indutivos.

A indução pode ser considerada como a *inferência conjectural* que conclui da regularidade de certos fatos, a existência de outros fatos ligados aos primeiros na experiência anterior. Quer dizer que, no processo de indução, de uma amostra se conclui uma regra geral. Para a Filosofia, a indução é método através do qual de uma amostra definimos uma teoria genérica, incluindo elementos que não faziam parte dessa amostra/estudo. A indução faz a generalização, isto é, cria proposições universais a partir de proposições particulares.

A dedução é o método contrário à indução. Deduzir significa partir de uma regra geral para se chegar a uma regra par-

ticular.

Ora, ao argumentar na fundamentação da sentença os motivos de sua decisão, o magistrado deduz: geralmente parte da norma geral e a individualiza, descrevendo os passos de seu raciocínio. O precedente, então, visto do ponto de vista de sua criação é dedução.

Entretanto, o pensamento criado no precedente ou fundamentação se aplica somente àquele conflito individual (a sentença é norma individual). Entretanto, uma vez conhecido o caminho da *ratiodecidenti*, isto é, da razão de decidir, os argumentos trazidos na fundamentação da sentença podem por indução, servir a outro processo. Não é por outro motivo que, utilizam os causídicos a jurisprudência e os precedentes para auxiliar na construção do convencimento do juiz.

Assim é que para que se possa realizar a justiça no caso concreto e estabelecer mediante aquilo que entendemos por justo, uma regra aceitável, há de haver as chamadas cláusulas gerais que são regras que permitem conteúdos interpretativos variados. É com ela que o juiz exerce seu poder criativo e pode adequar o caso concreto de modo a realizar a equidade.

Ao se estabelecerem regras ou cláusulas gerais³ no sistema jurídico, cria-se como que um *respiro* para que o sistema possa se *regenerar*. Pelo poder de criar normas, o magistrado pode ressignificar as regras de acordo com os princípios norteadores de um determinado sistema de modo a manter a regra viva e de acordo com a cultura vigente ao tempo da interpretação, para que a sentença possa, desta forma, corresponder, de alguma maneira ao anseio social.

Ora bem. A ordem jurídica brasileira como um todo, tendo a Constituição de 1988 como centro, não é um sistema

³ Podemos citar alguns exemplos de cláusulas gerais: o devido processo legal atua como princípio e como cláusula geral, como veremos adiante; a cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC); poder geral de cautela (art. 798, CPC); cláusula geral do abuso de direito do exequente (art. 620, CPC); boa-fé processual (art. 14, II) e adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109, CPC).

axiologicamente neutro. Ao contrário, se podem existir variadas concepções sobre o direito, o constituinte originário expressou sua opção por uma delas na forma dos princípios fundamentais que escolheu, o que, por evidente, tem repercussão na interpretação das normas jurídicas.

Sendo assim, ainda que não seja possível eliminar essa partícula volitiva e indeterminada da interpretação jurídica, e talvez nem fosse aconselhável fazê-lo, é certamente necessário algum tipo de balizamento que limite esse elemento do processo interpretativo, sob pena de frustrar-se a realização dos valores constitucionais pela substituição da concepção de Estado e de direito escolhida pela assembléia constituinte por aquela individualmente adotada pelo intérprete – a despeito de sua consagração em texto positivo e de todas as sofisticadas técnicas de interpretação. A conclusão é que os princípios constitucionais haverão de funcionar como essas balizas, tendo em conta a modalidade interpretativa da eficácia jurídica que lhes atribui (BARCELLOS, 2002, p. 146).

Assim, podemos chegar à conclusão que as discussões acerca do exercício do direito à moradia em termos concretos diante do Poder Judiciário não podem ocorrer de forma isolada, na medida em que, muito embora este direito tenha preferência sobre outros direitos dada a sua posição superior em razão da classificação como direito fundamental, seu conteúdo é limitado por um mínimo existencial que deve ser respeitado, no caso, o de uma moradia digna, balizado pela dignidade da pessoa humana que atua como um “vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício” (BARCELLOS, 2002, p. 146).

A moradia digna então, para o Direito, é um conceito aberto, pois muito embora possamos compreender o que é uma moradia, um local para se estabelecer, é certo que o qualitativo “digna” torna essa idéia um pouco vaga. Porém, como ressalta Ana Paula de Barcellos, essa “vagueza” ou imprecisão é necessária para que se possa garantir um espaço para o debate e participação dos interessados no que seja uma “moradia digna”. Esse jogo da argumentação, longe de ser um mal, é necessário

para se construir os conteúdos referentes ao direito à moradia sempre no caso concreto. Isso é possível porque existe um mínimo material que é considerado indispensável para a compreensão da moradia digna:

A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são (BARCELLOS, 2002, p. 194).

Ou seja, para quem dessas condições materiais a norma perde seu sentido, seu núcleo e sua identidade.

Por outro lado, por diversas razões sociais, econômicas e políticas o direito à moradia não é plenamente exercido por todos os brasileiros. De um lado podemos utilizar o argumento comum de que se trata de uma política habitacional aquém da necessidade dos cidadãos que acaba por gerar o chamado déficit habitacional: há mais pessoas para exercer o direito à moradia do que moradias dignas para que os indivíduos possam habitar.

Esse é outro problema, que tem a ver com a chamada *reserva do possível*, *reserva do financeiramente possível* ou *reserva da consistência*. O fato é que o Estado Social no Brasil não tem recursos financeiros suficientes para suprir o déficit habitacional. E este é só um dos direitos sociais que está sem a devida provisão:

Ocorre que houve um crescimento muito elevado dos direitos fundamentais, e começou a surgir a falta de recursos do Estado para supri-los. É nesse contexto que nasce a reserva do possível: é o fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais (NASCIMENTO, 2013, p. 01).

Portanto, no plano da concretude, além de esbarrar com os limites impostos por outros direitos fundamentais, o direito à moradia também tem sua ação limitada à reserva orçamentária

da Administração Pública que, por força de lei está vinculada nestes casos à efetivação de um direito social desde que tenha recursos suficientes para tanto.

Nascimento (2013) nos dá notícia, em seu interessante artigo sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, que a questão das ações políticas para a efetivação de direitos humanos fundamentais e a provisão orçamentária do Estado teve como *leading case* o julgamento “Numerus Clausus I” na Alemanha em 1960. Nesta oportunidade os interessados eram os alemães que exigiam o exercício do direito à profissão que fora limitado pelo Estado alemão ao se determinar o número de vagas para algumas áreas dos cursos superiores nas universidades.

O problema fora a grande quantidade de pessoas à procura de alguns cursos, como o curso de direito, medicina e farmácia. A discussão se dava em torno do artigo 12 da Constituição alemã que previa o direito à livre escolha da profissão e a limitação a esse direito imposto por uma política seletiva de vagas. Nem todos, portanto, poderiam exercer esse direito.

A decisão da corte foi a de que o indivíduo só pode exigir do Estado a prestação que esteja no limite do razoável.

Entretanto, alerta Nascimento (2013) que a reserva do possível é uma argumentação a ser utilizada com muita cautela pelo Estado para se eximir da prestação de um direito fundamental, e muito mais ainda quando se tratar do mínimo existencial. Não pode, portanto, deixar de cumprir uma obrigação constitucional porque o orçamento, “em tese” não comporta o gasto necessário para a efetivação de um destes direitos.

Cabe destacar neste artigo que jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares.

O Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna

(NASCIMENTO, 2013, p. 01).

A questão da reserva do possível é extremamente complexa e exige um aprofundamento que não caberia em um artigo sobre o direito à moradia, pois não se trata meramente de uma causa de excusa em adimplemento de uma obrigação por parte do Estado, como se dá, por exemplo, naqueles casos em que, na regra geral do Direito das Obrigações, alguém se exime de fazer, deixar de fazer ou dar algo diante de caso fortuito ou de força maior.

O problema de se negar a prestação de uma obrigação constitucional na seara dos direitos humanos é também um grave problema social. Trata-se de escolhas e prioridades que o Estado estabelece caso a caso tendo em vista aquelas necessidades mais urgentes; porém, ao privilegiar, por este critério, alguns direitos, acaba-se por negar outros tendo em vista uma escassez relativa de recursos.

Esta é uma forma de se abordar a questão. Porém não se pode olvidar que o legislador constituinte, ao estabelecer os direitos a serem considerados fundamentais e estabelecer um mínimo existencial para eles acabou por impor à Administração Pública critérios mais ou menos determinados de quais direitos devem ser primeiramente concretizados no momento da previsão orçamentária.

Como várias vezes já se inferiu aqui, o Estado de direito constitucional significa que a ação do Poder Público está subordinada, isto é, juridicamente vinculada, aos termos da Constituição Federal. Isso não quer dizer que as iniciativas e os atos das autoridades já estejam inteiramente predeterminados pela Carta, mas certamente significa que tudo o que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido e respeitado pelos poderes constituídos (NASCIMENTO, 2013, p. 240).

Por esta razão é que nos casos em que se discute o direito à moradia nos tribunais, como ocorre na tomada de imóveis públicos por posseiros e favelados, não se discute somente a boa ou má fé da posse e o direito difuso dos moradores dos arredores destas construções irregulares ou mesmo a afronta ao

meio ambiente, mas a obrigação constitucional da Administração Pública na manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Anotamos nos estudos de casos, mais adiante, há decisão dos tribunais superiores no sentido da inação do Município na defesa dos direitos fundamentais coletivos e no Rio de Janeiro, a Administração Pública local foi condenada juntamente com os posseiros por omissão, visto que, quando cientificada da existência de favela em local irregular não providenciou a transferência das poucas famílias ali existentes para outro local e nem procurou regularizar a situação dos posseiros de outra maneira plausível.

No mesmo sentido, outro julgado, também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ação civil publica proposta pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental, o Penedo Dois Irmãos. *Legitimidade passiva do Município na qualidade de poluidor indireto primário, pela omissão no cumprimento de seu dever constitucional e legal de impedir a degradação ambiental, pelas construções ilegais.* Inexistência de litisconsórcio passivo necessário da União, Estado, Município, ocupantes e proprietários da área pela peculiaridade da ação civil pública, que visa defender interesses difusos e é regida pelo princípio da solidariedade, pelo qual incumbe ao autor escolher com quem demandar. Competência conseqüente da Justiça Estadual. *A proteção do meio ambiente é um poder-dever do Município, vinculativo, não se cogitando pura e simplesmente de poder discricionário.* Liminar concedida e revogada. Provimento do recurso para restabelecê-la diante da fumaça do bom direito e do perigo na demora (ABREU, 2009, p. 87). [GRIFO NOSSO]

Ressalte-se que a par da defesa ambiental que é dever do Município, nestes casos, que não são raros, visto que a proliferação das favelas nos centros urbanos das grandes cidades tem se tornado regra como resposta ao déficit habitacional e às políticas habitacionais que não alcançam os menos favorecidos, a

Administração Pública também negligenciou o direito à moradia digna desses ocupantes “indesejados”.

O que ocorre, em termos reais, é o descaso da Administração Pública para cuidar do problema destas pessoas que, por motivos econômicos estão excluídas das atuais políticas públicas habitacionais, o que acaba gerando as ocupações clandestinas e que o próprio Município assiste muitas vezes passivamente sem tomar qualquer providência.

Afinal, após a provocação do Poder Judiciário, os maiores prejudicados parecem ser os posseiros e favelados que, do pouco que tinham, erigiram construções precárias para morar e que acabam por lhe serem retiradas, na maioria das vezes sem que sequer recebam indenização por isso.

2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EXIGÊNCIA DE SUA CONCRETIZAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS

O termo eficácia tem a ver com a possibilidade de exigência de um direito perante os tribunais. Na definição de Barcellos (2002, p. 60):

Eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas. O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir e que, por qualquer razão, não veio a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pela norma e solicitar ao Judiciário que o produzisse no mundo dos fatos, coativamente.

Há, a par desta modalidade de eficácia, outras quais sejam: simétrica ou positiva, a nulidade, a ineficácia, a anulabilidade, a negativa, a de vedação do retrocesso, a penalidade e a interpretativa, dentre outras.

A primeira modalidade de eficácia, a “simétrica ou positiva” tem a ver com a identificação de uma identidade entre o que se pode exigir judicialmente e os efeitos pretendidos pela

norma. O que ocorre é que se cria no texto normativo um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente a produção dos referidos efeitos. É a espécie de eficácia que mais se encontra apta a produzir o efeito original desejado pela norma. “Ora: se o Estado de direito pressupõe a capacidade de impor coativamente as determinações estabelecidas pela ordem jurídica, a eficácia simétrica ou positiva é o instrumento que melhor realiza esse desiderato” (BARCELLOS, 2002, p. 62).

Na modalidade de eficácia jurídica “nulidade” o que ocorre é o impedimento de produção de um efeito indesejado pela norma. Se no primeiro caso se trata de uma proteção positiva, no sentido de obrigar a fazer algo, aqui o sentido é o inverso, negativo, pois o que se pretende é um não fazer. “A nulidade, entretanto, pressupõe a prática comissiva de um ato infrator; não há nulidade de ato omissivo, ainda que a omissão represente a violação da norma” (BARCELLOS, 2002, p. 63-64).

A ineficácia, enquanto modalidade de eficácia jurídica é a possibilidade de ignorar a existência de atos praticados em desconformidade com a norma e desconsiderar os efeitos que poderia produzir. Um exemplo trazido doutrinariamente é o do caso do exequente, verificados os requisitos objetivos previstos em lei, exigir do Juízo que ignore as conseqüências da alienação de um bem que fora realizada em fraude à execução, “de modo que, para os fins daquele processo judicial, tudo se passe como se não tivesse ocorrido qualquer alienação, independentemente da declaração de nulidade ou anulação de ato” (BARCELLOS, 2002, p. 65).

Outra modalidade é a anulabilidade. Aqui também se encontra uma espécie de proteção à norma por meio de um impedimento ou limitação, ou seja, trata-se igualmente de um “não fazer”. Entretanto, diferentemente das anteriores, a anulabili-

dade é “cercada de uma série de outras restrições, e. g., em relação ao tempo durante o qual poderá ser suscitado antes de se considerar sanado o vício” (BARCELLOS, 2002, p. 65-66).

A eficácia negativa é modalidade de eficácia jurídica que está relacionada, assim como as modalidades “vedativa de retrocesso” e “interpretativa” à aplicação dos princípios jurídicos. Entretanto, enquanto que para uma determinada norma é mais fácil a identificação dos efeitos pretendidos, não ocorre o mesmo com os princípios, pois “os efeitos pretendidos pelos princípios são relativamente indeterminados a partir de certo núcleo” (BARCELLOS, 2002, p. 67):

Tome-se o princípio da dignidade da pessoa humana e imagine-se a situação totalmente insólita de uma lei estabelecendo que um determinado grupo de pessoas não pode ser alfabetizado nem pode comprar ou alugar qualquer espécie de imóvel no território nacional. Desconsiderando-se outros princípios e regras constitucionais que também seriam violados, não há dúvida de que a eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana conduziria tal norma à invalidade. E por quê? Porque, ao menos de acordo com o consenso social mais elementar, uma norma desse teor estaria afrontando aspectos por demais básicos da dignidade humana.

A vedação de retrocesso também diz respeito aos princípios constitucionais. Aqui o que se pretende é a impossibilidade de revogação das normas infraconstitucionais que regulamentam os princípios concedendo-os ou ampliando-os.

A questão que se põe é o da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente, daí porque as conseqüências não de ser as mesmas nos dois casos (BARCELLOS, 2002, p. 67).

O que nos parece é que esta modalidade de eficácia jurídica pretende impedir é que os atos comissivos possam “dar um passo atrás em relação aos objetivos constitucionais” (BARCELLOS, 2002, p. 70).

A penalidade não impede a ocorrência do fato violador da norma jurídica, mas tem a intenção de impedir o sujeito de

realizar a violação por ameaça, incutindo-lhe o temor pela eventual aplicação da pena. Essa modalidade de eficácia jurídica é mais genérica e tende a ser utilizada quando não há nenhuma outra forma mais específica. Há, modernamente, a tendência de se aplicar as penalidades como medida pedagógica contra o infrator para que não se sinta à vontade para violar novamente a norma. É considerada a “forma mais primitiva de eficácia jurídica” (BARCELLOS, 2002, p. 71).

A eficácia interpretativa das normas exige, de certa forma, que as normas inferiores tenham sua interpretação limitada ou condicionada àquelas que lhe são superiores. “Isso acontece, e.g., entre leis e seus regulamentos e entre as normas constitucionais e a ordem infraconstitucional como um todo” e ainda pode ocorrer entre as normas constitucionais e os princípios constitucionais, pois não se pode negar-lhes uma “ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral” (BARCELLOS, 2002, p. 74).

Além das formas de eficácia jurídica das normas apontadas há outras, mas trata-se de situações específicas e únicas, como é o caso da intervenção federal, citada como exemplo por Barcellos (2002, p. 75). O intuito de discutir as modalidades de eficácia jurídica é de ampliar a compreensão, no plano da efetividade, das decisões judiciais que versam sobre as garantias ligadas ao direito à moradia.

A vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais está intimamente ligada, como assevera Sarlet (2007, p. 386), ao tema da eficácia e aplicabilidade, “já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia”.

O Poder Judiciário, então se encontra vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, quer no plano organizacional ou político, quer na sua própria função jurisdicional:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não

apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para, além disso, (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É nesse contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e o sentido “correto” dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 396).

O exercício jurisdicional, portanto, ao interpretar ou integrar novos direitos às prescrições constitucionais acaba por criar o Direito.

Como ressaltam Reale (2001) e Ross (2007), ao se interpretar a norma não lhe cabe somente uma mera reprodução do conteúdo do texto normativo, mas ao lado do sentido dado às demais normas constitucionais e seus princípios o magistrado acaba por recriar o Direito no caso concreto. Daí porque, para alguns, trata-se do “Direito vivo”.⁴

3. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PERANTE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à moradia deve ser efetivo em dois aspectos. Um objetivo, que diz respeito, segundo Abreu (2009, p. 52):

[...] à garantia de um espaço dotado de condições materiais mínimas para a vida digna como, p. ex., a disponibili-

⁴ Reale (2001) ressalta os três aspectos, fato, valor e norma na criação do Direito em uma relação que ele denominou de dialética de complementaridade: um dos três elementos é sempre determinado pelos outros dois, de forma que a cadeia que cria o Direito é infinita, ou seja, se um novo valor se somar à norma existente, haverá um novo fato e este fato deverá ser reconhecido pelo Direito. Eis a dinâmica do sistema jurídico. Para Ross (2007), mais radical, o Direito só surge quando é interpretado pelos tribunais. É só na concretude que nasce o verdadeiro Direito.

dade de infra-estrutura básica que assegure saúde e segurança e uma localização que permita acesso ao emprego e à educação.

O outro, de ordem subjetiva se liga à idéia de reconhecimento de um espaço livre e íntimo para a vida cotidiana que é o lar e que possibilite “a construção de identidades e o desenvolvimento da própria personalidade dos sujeitos” (CARLOS, 2009 apud ABREU, 2009, p. 52).

Assim, a efetividade do direito à moradia deve, unindo-se os aspectos objetivo e subjetivo, atentar para as seguintes diretrizes: segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infra-estrutura; disponibilidade financeira, habitabilidade; acessibilidade, localização; adequação cultural (ABREU, 2009).

Essas diretrizes podem ser concretizadas no plano da efetividade, através dos mais diversos instrumentos jurídicos: a compra e venda de imóvel, o aluguel, o comodato, as formas de cessão de direitos sobre imóveis, quaisquer que sejam elas; o usufruto e outros.

A par desses instrumentos já reconhecidos, há outros, informais, como a ocupação clandestina de terrenos, construção de favelas, ocupação de imóveis públicos:

A moradia produzida informalmente por parte das classes economicamente mais pobres, por seu caráter muitas vezes desordenado, costuma colidir com normas de planejamento urbano e/ou com normas ambientais, como é o caso da constituição e do crescimento da chamada moradia de *favela*. Quando isso não ocorre, a produção informal da moradia normalmente colide com o direito de propriedade imobiliária do Estado ou de um particular, como é o caso das ocupações espontâneas ou organizadas, cada vez mais comuns, de prédios públicos e privados abandonados nos centros de metrópoles como Rio de Janeiro e São Paulo (ABREU, 2009, p. 63).

Esses casos guardam uma grande complexidade interpretativa eis que se têm, de um lado, os princípios constitucionais da proteção da propriedade, do meio ambiente e da ordem ur-

banística, além dos bens públicos e de outro, o direito à moradia, da função social da posse e da propriedade e da função social da cidade.

Assim, muito embora o direito à moradia seja um direito fundamental, sua prevalência é relativa, porque, em conflito com outras normas constitucionais igualmente fundamentais, como o direito os direitos coletivos ao meio ambiente ou a proteção dos bens públicos, podem estes prevalecer sobre àquele.

Em interessante análise sobre o tema, João Maurício Martins de Abreu aponta o caso da ação civil pública (1998.683.010033-9) proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra ocupantes de uma área pública que ali estabeleceram moradia em forma de favela no município de Belford Roxo – RJ.

O pedido, em suma, consistia na desocupação da área e demolição das casas ali construídas por violação ao meio ambiente, ocupação clandestina de um bem público, pois estariam “usurpando um patrimônio ambiental e paisagístico que pertence a todos os cidadãos” (ABREU, 2009, p. 71).

A decisão final, em sede recursal, levou à condenação tanto a Administração pública municipal por não proteger como devia o meio ambiente, permitindo a poluição de via pública (eis que as casas foram construídas nas margens da via), quanto aos ocupantes clandestinos, porque não poderiam usucapir a área for força legal. Eis o voto do Relator:

Ação civil pública. Ação proposta pelo Ministério Público em face de município objetivando a desocupação de via pública ocupada por favela. Sentença de procedência do pedido, ao fundamento de que as construções irregulares foram edificadas em logradouro público e não foram licenciadas, violando o Código de Obras do Município e sua legislação urbanística, além de enquadrarem-se no conceito de poluição, previsto no art. 3º, III, c, da Lei Federal n. 6938/81. Recurso dos posseiros, na qualidade de terceiros prejudicados e do município. Desprovemento dos recursos. Objetivando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, o cumprimento

de obrigação de fazer (“devida pelo”) ente público, ante a lesão perpetrada ao meio ambiente e à ordem urbanística local, não há litisconsórcio necessário entre o município e todas as demais pessoas que irregularmente ocupam a área pública, pois estas não podem ser condenadas a satisfazer a prestação positiva postulada na inicial. Tendo em vista tratar-se de posse de má-fé, inexistente direito de indenização e retenção pelas acessões e benfeitorias existentes. Não é crível que os invasores, por mais humildes que fosse, ignorassem que a sua posse estava irremediavelmente viciada. Afinal, ninguém constrói uma espécie de favela no meio da rua e não tem consciência de que está agindo em contrariedade às normas de convivência e do direito. Ninguém edifica uma casa no meio de uma via pública sem estar agindo de má-fé. Ainda mais no caso dos recorrentes, que desenvolveram sua posse ameaçando e amedrontando os vizinhos, que tiveram de assistir impotentes ao surgimento de uma favela a quatro metros de suas portas. Não estando, ademais, preenchidos os requisitos legais, inviável a concessão de uso especial de bem público (arts. 1º e 5º da Medida Provisória n. 2220/2001). Não há dúvida de que a posse deve atender a sua função social e que a invasão em causa é reflexo do conjunto de uma série de problemas sociais. Entretanto, essas questões devem ser resolvidas em harmonia com a Constituição e com as leis. A sentença não apresenta qualquer contradição, estando os prazos para seu cumprimento fixados em perfeita sintonia (RIO DE JANEIRO, 2007).

Assim, o que se observa é que o direito à moradia, no embate de outros direitos fundamentais e constitucionais pode ser relativizado.

No caso narrado, prevaleceram o direito coletivo ambiental e o da proteção aos bens públicos ou coletivos. Com este caso guardam semelhança outros. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO, OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeito-

rias. 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Jhering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O artigo 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público. 8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno. O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.). 9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas pressupõe vantagem advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arpejo da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição. 11. Enten-

der de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legítimas, com garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público. 12. Recurso Especial provido (BRASIL, 2009).

Ainda:

Ementa: da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias (REsp863.939/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJE 24.11.2008). Não se pode configurar como de boa-fé a posse de terras públicas, pouco relevando o tempo de ocupação, sempre precária, sob pena de submeter-se o Poder Público à sanha de invasões clandestinas. [...]. (AGRESP 799765) - Demonstrada a irregularidade da construção, impõe-se a sua demolição às expensas do particular, uma vez que responsável pela barraca indevidamente erguida em área de praia. - No caso dos autos, verifica-se a aplicação da multa prevista no art. 10 da Lei 9.636 /98, conforme orientação do STJ que ao apreciar demanda idêntica à dos autos decidiu no seguinte sentido: '[...] Todavia, a existência ou não de boa-fé, consoante bem realçou a União, em suas razões recursais, não é motivo para se deixar de aplicar a multa em comento. E, ainda que fosse não há falar em boa-fé, in casu, porquanto tinha as recorridas plena consciência de estarem ocupando terreno que não lhes pertencia, tanto que buscou regularizar a sua situação, segundo ressaltou o próprio acórdão ora hostilizado. Consoante se depreende das normas aplicáveis, deverão as recorridas pagar à União, a título de indenização, pela ocupação ilícita de terreno de uso comum do povo, o correspondente a 10% do valor atualizado do domínio pleno deste terreno, tendo-se como dies a quo 6 de março de 2002, data em que ajuizada a presente ação de reintegração de posse. Anteriormente a tal data, não se pode concluir ter a União sido privada da posse dos imóveis, vez que não buscou se imiscuir na sua posse. [...].' (RESP 855749). - Apelação do particular improvida. - Apelação da União provida (BRASIL, 2010).

Observamos, desta feita que o direito à moradia, quanto à sua efetividade nos tribunais resulta da interpretação deste di-

reito fundamental a par de outros direitos fundamentais coletivos, quais sejam o direito ao meio ambiente saudável, a defesa do patrimônio público e a boa-fé quanto à vontade de tornar como seu local para ali habitar e para formar um lar.

Não concebe como percebemos o Poder Judiciário que o direito à moradia tenha exercício exclusivo sobre outros direitos, mesmo que se tenha em vista a questão do déficit habitacional, sério problema social, que tem gerado constantemente a tomada de terrenos públicos pelas chamadas “favelas”.

Por outro lado, como bem combate Abreu (2009), há que se questionar a própria interpretação de artigos infraconstitucionais e sua conformidade com os princípios basilares do Estado Social Democráticos.

Assevera, ainda, o autor que no embate do direito à moradia dos favelados que tomam imóveis públicos e ali erigem suas casas de forma irregulares o que tem prevalecido, para que se possa justificar a desocupação do terreno é a questão da prevalência de direitos coletivos e difusos, como é o caso da proteção ambiental.

Destarte, segue Abreu (2009, p. 103):

Houve, por anos, durante toda a tramitação em primeira instância, um silêncio inquebrantável acerca do direito à moradia que assistia aos assentados: um silêncio, portanto, eloqüente em relação à efetividade da defesa de tal direito nessa importante fase processual, próxima do grau zero.

Essa argumentação, para ele, guarda no fundo, um posicionamento ainda rígido dos tribunais com relação à dignidade da pessoa humana como mínimo existencial para os posseiros.

E o que podemos retirar de geral e representativo no mérito do processo judicial que analisamos é o recurso a uma visão enrijecida de conceitos tradicionais do Direito Civil e a indisponibilidade dos atores envolvidos (Poder Judiciário na proa) de reinterpretar normas jurídicas infraconstitucionais, ponderando-as com a necessidade de dar efetividade, também, à defesa do direito à moradia (ABREU, 2009, p. 108-109).

Em todos os casos que analisou, argumenta, o Poder Ju-

diciário alega que os favelados não têm direito à indenização diante da desocupação porque são posseiros de má-fé. Além disso, não podem usucapir a área pública por expressa vedação legal. Assim, depois de décadas de ocupação, estas pessoas são obrigadas a sair do local, sem direito a nenhuma indenização, enquanto que a Administração Pública assistia passivamente a ocupação tomar forma.

O Município, muitas vezes, ciente de que ali se estabeleceria uma pequena comunidade de favelados nada fez e deixou que as ocupações se avolumassem, inclusive permitindo a organização de um comércio também informal dentro da área ocupada. No caso da ação civil pública 1998.683.010033-9, a decisão do magistrado foi emblemática e nos leva a refletir se não há um descaso do Poder Judiciário para se debruçar sobre a discussão da efetividade do direito à moradia justamente em situações mais críticas de sua exigência que são as favelas.

Afirmaram os assentados, em nosso processo, que exerciam posse justa e de boa-fé e, fundados nessa qualificação, requereram que aos menos lhes fosse concedida uma indenização pela perda de suas residências que seriam demolidas, a fim de se lhes facilitar a procura de nova moradia. (É importante, aqui, ressaltar uma particularidade de nosso processo, que confere maior dramaticidade ao pedido subsidiário de indenização: a decisão de primeira instância referendada pelo TJERJ e pelo STJ, não fez qualquer menção em relação ao destino dos assentados após a demolição de suas casas e o seu desalijo. Ou seja, o Município-réu cumpriria integralmente a letra da decisão transitada em julgado se demolisse as casas e deixasse os assentados na rua; não haveria necessidade jurídica de reassentá-los: nem o Ministério Público, autor da ação, nem os órgãos do Poder Judiciário se importaram com o destino dos assentados) (ABREU, 2009, p. 109).

Discutir o direito à moradia em casos de execução de bem imóvel considerado bem de família, em casos de cláusulas abusivas em contratos de financiamento de imóveis não é uma questão tão dura e marcante como ocorre com a falta de moradia para os mais pobres que acabam se tornando favelados.

Geralmente essas pessoas quando se valem do exercício, ainda que seja arbitrário, do direito de moradia em áreas públicas ou bens imóveis públicos tem contra si a impossibilidade de usucapião e, nos casos em que nos debruçamos, não contam com a possibilidade de indenização porque considerados posseiros de má-fé.

A crítica principal que se pode fazer às inúmeras decisões nesse sentido é a de que os dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do instituto da boa-fé e má-fé no âmbito do direito civil, não estão sendo interpretados de acordo com o mandamento constitucional do direito à moradia. Sua efetividade depende desse confronto no plano do direito concreto, ou seja, das decisões dos tribunais.

Fala-se em defesa da ordem urbanística e do direito ambiental, mas não se põe em pauta o direito à moradia dos posseiros ou assentados. Não se confronta uma possível lesão à dignidade da pessoa humana dessas pessoas que, sem a assistência que o Estado lhes deve para poderem exercer um direito seu à moradia, restam sem nenhum cuidado.

Como bem sintetizou a tendência dos tribunais brasileiros sobre a questão, Abreu (2009, p. 109) prossegue:

[...] o Código Civil brasileiro (e isto vale tanto para o de 1916 como para o de 2002) adotou a teoria da posse do jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892), haurida na segunda metade do século XIX. Segundo tal teoria, a posse seria a exterioridade e o complemento do direito de propriedade: é possuidor, portanto, aquele que exerce um dos poderes inerentes à propriedade (arts. 585 do CC/1916 e do CC/2002). Tendo os assentados estabelecido sua moradia em logradouro público e sendo os bens públicos insuscetíveis de aquisição por usucapião (art. 102 do CC/2002 e art. 183, § 3º, da Constituição Federal, nenhum assentado poderia ser considerado tecnicamente possuidor da área pública, porque, ainda que a ocupando, sobre tal área jamais exerceria qualquer poder inerente à propriedade: uso, gozo, fruição, disposição e direito de reivindicação contra terceiros. Quanto menos em se tratando de bem de uso comum do povo, como uma rua ou praça, que

são bens fora do comércio jurídico, inalienáveis até mesmo por vontade do Poder Público (art. 67 do CC/1916 e art. 100 do CC/2002). O assentado não seria possuidor, mas sim mero detentor de fato do bem público, segundo esse raciocínio. E este, o detentor, não teria direitos a reivindicar quando desalijado do poder de fato que exercesse sobre o bem público que ocupava, independentemente da causa do desalijo: se fruto de argumentos de preservação ambiental e da ordem urbana, como na Ação Civil Pública que analisamos, ou se fruto de Ação Reivindicatória ou Ação Possessória promovidas pelo proprietário público da área – o argumento tradicional e central (a caracterização de mera detenção de fato de bem público) é o mesmo para todos esses casos.

Neste caso, pela letra da lei, à luz da leitura do artigo 1.201 do Código Civil, todo aquele que assentar moradia em área pública seria sempre considerado um possuidor de má-fé, eis que não pode ignorar que está tomando um bem público para estabelecer ali sua casa. Tal foi a conclusão do Desembargador Relator na ação civil pública 1998.683.010033-9:

Não é crível que os invasores, por mais humildes que fosse, ignorassem que a sua posse estava irremediavelmente viciada. Afinal, ninguém constrói uma espécie de favela no meio da rua e não tem consciência de que está agindo em contrariedade às normas de convivência e do direito. Ninguém edifica uma casa no meio de uma via pública sem estar agindo de má-fé (RIO DE JANEIRO, 2007).

O que se pode compreender, enfim, é que, no que diz respeito à situação do exercício do direito à moradia pelos mais pobres, o tema se torna polêmico e, em termos de efetividade junto ao Poder Judiciário o que se tem repetido é o silêncio das discussões acerca deste direito fundamental para os mais necessitados que, carentes de qualquer aparato junto ao Poder Público, acabam por erigir, desordenadamente suas moradias precárias em área que não podem usucapir e nem adquirir quaisquer espécies de direitos sobre a moradia existente, eis que meros detentores do bem público e possuidores de má-fé acabam, muitas vezes, sem qualquer tipo de indenização quando da retomada do imóvel pela Administração Pública local.

Isso reflete uma interpretação “fechada” e extremamente legalista dos dispositivos legais infraconstitucionais, em especial, sobre a questão da posse e da propriedade dos bens públicos. Elas têm sido consideradas questões de maior relevância em face do direito fundamental à moradia; entretanto, na teoria da sistemática interpretativa da própria constituição, é a discussão do direito à moradia e da sua possível eficácia que deveria ser o mérito central da questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia é na sistemática constitucional considerado um direito fundamental e, por esta razão goza, em tese de uma prevalência em termos de eficácia normativa. Quer dizer que, em confronto com outras normas do sistema jurídico brasileiro, é o direito à moradia quem prevalece dada a sua superioridade hierárquica em relação, por exemplo, às regras do Código Civil. Trata-se de sua eficácia interpretativa.

Entretanto, na análise dos casos em que o direito à moradia é exercido de forma autônoma pelos mais necessitados, notamos que a teoria não vem sendo aplicada na prática dos tribunais, eis que em várias oportunidades, o Poder Judiciário têm enfrentado a questão dos assentamentos de favelados em vias ou áreas públicas somente como uma questão de posse de boa-fé e de posse de má-fé, deixando de lado a discussão do direito fundamental à moradia destes posseiros.

Esta falta de enfrentamento acaba por delatar certa tendência em se interpretar hermeticamente os dispositivos do Código Civil com relação à posse e propriedade e a garantia de proteção aos bens públicos que não podem ser usucapidos pelo particular, em questão, os assentados. Nem mesmo direito à indenização pela determinação judicial da derrubada dos imóveis ali construídos ilegalmente os favelados parecem conseguir. Há uma unilateralidade interpretativa dessas situações

sociais críticas tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público que se limita a intentar as ações civis públicas somente para defender os interesses difusos e coletivos da população pela lesão ambiental e pela proteção dos bens que são de todos os cidadãos. A defesa de um direito igualmente fundamental e que deveria ser preocupação do *Parquet* quando da sua atuação como fiscal da lei tem sido atribuída à Defensoria Pública, pois é dela o encargo da defesa dos direitos dos mais pobres.

Em que pesem as incursões dos defensores para a defesa do direito à moradia de favelados, o que se nota é que sua presença no processo parece ser meramente formal a garantir somente o direito de defesa dos interessados, mas não há oportunidade para que a defesa realmente possa ser considerada pelo órgão decisório como apta a lhe atingir a convicção, deixando, assim de materializar o direito de efetiva participação no processo.



REFERÊNCIAS

- ABREU, João Maurício Martins de. *A efetividade da defesa do direito à moradia em juízo: estudo de casos no Brasil*. 2009. 274 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/joao_mauricio2009.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa hu-*

mana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 945.055*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 20 de agosto de 2009. Superior Tribunal de Justiça. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documen-

[to.asp?sSeq=889004&sReg=200700929861&sData=20090820&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documen-to.asp?sSeq=889004&sReg=200700929861&sData=20090820&formato=PDF)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (2ª Turma).

Apelação Cível 490369 AL 0002830-04.2009.4-05.8000.

Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Brasília, 20 de maio de 2010. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14316331/apelacao-civel-ac-490369-al-0002830-0420094058000>>.

Acesso em: 10 fev. 2014.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. *Mínimoexistencial versus reserva do possível*. Publicado em 14 de abril de 2013. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Cível). *Apelação Cível n. 2006.001.61756*. Relator: Desembargador Nametala Jorge. Rio de Janeiro, 19 de março de 2007. Disponível em: <

<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a02v7n2>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*

na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPADOTTO, Érika R. *Direito social à moradia e usucapião individual e coletivo*. 2003. Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2003.