A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE: ANÁLISE DO DIREITO DE MORADIA E TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

REAL ESTATE PROPERTY IN THE HISTORICAL EVOLUTION OF SOCIETY: ANALYSIS OF HOUSING LAW AND JURISPRUDENTIAL TRENDS

Marcelo Sampaio Siqueira[*]
Monica de Sá Pinto Nogueira[**]

RESUMO: *Procede-se, neste artigo, a uma releitura do instituto da propriedade no decurso da evolução histórica da humanidade, de forma a evidenciar a sua abordagem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente o direito de moradia. E, por isso, é imprescindível que se faça uma análise a respeito do conceito, conteúdo e limites da função social da propriedade e do direito de moradia como um direito subjetivo a defender a propriedade. O marco metodológico que sustenta esta investigação abrangeu o desenvolvimento de uma pesquisa de natureza bibliográfica seguida da análise dos precedentes do STF. O principal resultado é que a Suprema Corte brasileira vem aplicando, em certos casos, o que denota uma tendência, o direito de moradia como um direito subjetivo, evitando medidas demolitórias da propriedade, para fins residenciais, edificada irregularmente, quando em conflito com outros princípios, como o da função social da cidade.*
Palavras-chave: *direito à moradia; evolução histórica; função social; propriedade.*

ABSTRACT: *In this article, a rereading of the institute of property in the course of the historical evolution of humanity is carried out, in order to show its approach in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, more specifically the right to housing. It is therefore imperative that an analysis be made on the concept, content, and limits of the social function of property and of the right of housing as a subjective right to defend property. The theoretical framework used in this article is of bibliographic nature and analysis of STF precedents. The main result is that the Brazilian Supreme Court has in some cases applied the right of housing as a subjective right, avoiding demolition of property when in conflict with other principles, such as the social function of the city.*
Keywords: *right to housing; historical evolution; social role; property.*

[*] Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil. https://orcid.org/0000-0003-0751-105X
[**] Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-3380-6305

1 INTRODUÇÃO

A propriedade consiste num fenômeno cultural decorrente da convenção humana, representada pela apropriação por pessoa de determinada coisa. Como não poderia deixar de ser, então a propriedade foi objeto de transformações a cada nova configuração de Estado, perpassando mudanças desde que surgiu a convivência social, inerente aos agrupamentos humanos. Neste ensaio, entretanto, o instituto da propriedade imobiliária urbana será analisado, tendo como marco inicial o Direito romano, marco que se justifica por ter grande influência sobre o Direito brasileiro, especialmente com relação ao Direito Civil.

A compreensão do percurso evolutivo do conceito, conteúdo e limites da propriedade é imprescindível para se alcançar o seu sentido atual, imposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no qual a propriedade privada e o direito de moradia passam a ser protegidos, em conjunto, pela ordem constitucional brasileira, ganhando característica de direito fundamental, conforme previsto no art. 5º, incisos XXII e XXIII, e art. 6º, da CRFB/88.

Com efeito, o fato de que a propriedade assume o dever da promoção social, no sentido de que seus diversos formatos e interpretações devem garantir e promover os valores sobre os quais se fundamenta o ordenamento jurídico, resulta numa concepção moderna de propriedade.

Em consonância com a situação expressa, propõe-se a fazer aqui uma releitura do instituto da propriedade imobiliária e do seu uso como habitação, sendo, portanto, indispensável uma análise do conceito, conteúdo e limites da sua função social, de maneira a evidenciar a sua abordagem na CRFB/88, para se responder como se deu a evolução da propriedade desde a Era Romana. Bem assim, indaga-se, em face da proteção do direito fundamental da propriedade imobiliária urbana e seu uso ou edificação irregular: em qual medida o direito de moradia é inerente à propriedade imobiliária urbana, capaz de justificar a não demolição de bem edificado contrário a ordem urbanística, em infração a outros preceitos da CRFB/88, especialmente função social da propriedade e da cidade?

Dessarte, este trabalho se justifica especialmente ante a funcionalização da propriedade, marco constitucional de proteção do bem-estar social, o qual reflete sobre a ordem econômica e social brasileira, sobretudo com o advento da CRFB/88, haja vista o rompimento com o passado, que fez surgir um sistema normativo calcado em valores como os de liberdade, igualdade e solidariedade. Para tanto, utilizar-se-á o método sistêmico para realizar pesquisa qualitativa e bibliográfica.

No segundo tópico deste artigo, após esta introdução, fazem-se referências aos aspectos históricos do conceito de propriedade no Direito romano em cada um dos seus períodos – pré-clássico, clássico e pós-

clássico. A seguir, examinam-se as transformações do instituto da propriedade no decorrer da Idade Média, Moderna e Contemporânea, cuja compreensão é essencial para que se entenda a sua funcionalização. No terceiro tópico, consideram-se o processo de funcionalização da propriedade e o direito social à moradia, bem como a possibilidade de judicialização deste como garantia constitucional, capaz de elidir o direito demolitório face edificação irregular.

2 A PROPRIEDADE NA ERA ROMANA E ASPECTOS RELEVANTES AO LONGO DA HISTÓRIA

Insta, *ab initio*, aclarar o fato de que a propriedade sempre foi uma preocupação do Direito romano, que se desenvolveu em diversas fases (ALVES, 2012)[1,2]. No período pré-clássico, do ano 149 ao ano 126 a.C., as coisas receberam a denominação de *res mancipi* (bem imóvel) e *res nec mancipi* (bem móvel), ensejando a propriedade quiritária (*ex iure quiritium*), a qual tinha como titular exclusivamente o cidadão romano, ou um peregrino que tivesse *ius commercii* (direito de comércio) (ALVES, 2012). Não obstante, a origem do direito de propriedade na Era Romana foi marcada pela divisão do *mancipium,* conceito unitário de propriedade, que representava o amplo poder do *pater familias* sobre as pessoas e as coisas, como bem explicam Jesús Daza Martinez e Luiz Rodriguez Ennes : "Anteriormente à Lei das XII Tábuas, mais do que a ideia de um direito autônomo de propriedade de cada pessoa sobre as coisas, aparece a ideia de um poder que corresponde ao poder do patriarca sobre as pessoas e sobre as coisas que estão sob seu poder [...]"[3] (MARTINEZ; ENNES, 2009, p. 196-197, tradução nossa).

Nessa fase, o titular do *pater familias* era *o* detentor da *res manicipi*, e todos os bens que fossem adquiridos pelos demais membros do grupo seriam revertidos em benefício do núcleo familiar, embora fossem gerenciados pelo chefe desse. Decorre daí a ideia de propriedade, a qual se

[1] "1º - período real (vai das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.); 2º - período republicano (de 510 a 27 a. C., quando o Senado investe Otaviano – o futuro augusto – no poder supremo com a denominação de *princeps*); 3º - período do principado (de 27 a.C. a 285 d.C., com início do *dominato* por Diocleciano); 4º - período do *dominato* (de 285 a 565 d.C., data da morte de Justiniano)" (ALVES, 2012, p. 1, grifos do autor).

[2] "1º - a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia,* de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2º - a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.); e 3º - a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de ***direito justinianeu*** ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)" (ALVES, 2012, p. 72, grifos do autor).

[3] No original: "Con anterioridade a las XII Tablas, más que la ideia de un derecho autónomo de propriedade de cada persona sobre las cosas, aparece la ideia de un poder que corresponde al pater famílias sobre las personas y sobre las cosas que están bajo su postestas [...]" (MARTINEZ; ENNES, 2009, p. 196-197).

traduzia no *dominium,* ou seja, no domínio absoluto sobre a coisa. Isso significa mero direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*), sem caracterizar, contudo, um direito propriamente dito. Nessa esteira é o entendimento de Agerson Tabosa (2007, p. 227-228), segundo o qual "os jurisconsultos romanos não nos deixaram uma definição acabada de propriedade. O que existe, nesse sentido, é o resultado de trabalho dos glosadores". Seguindo o mesmo raciocínio, José Carlos Moreira Alves (2012, p. 293) ensina:

> Os romanos não definiram o direito de propriedade. A partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiram à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. Assim, com base [...] na lei do *Digesto* (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a *naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut iure prohibetur* (faculdade natural de se fazer o que quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito).

É certo, porém, que no período pós-clássico, em decorrência de fatores políticos, econômicos e religiosos, as diversas espécies de propriedade, como a quiritária e a peregrina (deferida aos estrangeiros), foram desaparecendo gradativamente, até que no tempo de Justiniano passou-se a ter única forma de propriedade, que se aplicava tanto aos romanos como aos estrangeiros (ALVES, 2012). As obras justinianas – *Institutas, Digesto, Código e Novelas,* as quais deram origem ao *Corpus Iuris Civilis* – revogaram expressamente as diferenças entre as espécies proprietárias, conferindo-lhes um conceito singular, com uma conotação individual e absoluta, traduzido no *dominium.* Com efeito, o direito de habitação constituía uma faculdade inerente ao uso, sendo, assim, considerado um direito desvinculado da propriedade do solo (PEZZELLA, 1998).

O fato é que, ao se examinar a propriedade imobiliária urbana e o direito de habitação, principal objeto de interesse neste estudo, parece claro se tratar de fenômenos histórico, social e político que teve origem ainda no período clássico do Direito romano, muito embora o Código Civil de 2002 o tenha previsto como uma espécie de direito real nos arts. 1.414 a 1.416, e os seus contornos sociais só tenham se tornado visíveis nas legislações constitucionais da Idade Contemporânea.

Não deve ser função de qualquer artigo científico analisar sinteticamente a propriedade, especialmente a imobiliária, seja em sua evolução ou involução, tendo um espaço de observação de 1500 anos, isto

é, desde a queda do Império Romano do Ocidente no século V da Era em curso. A tratativa que ora se faz é, no entanto, interessante para se compor um quadro evolutivo.

A propriedade imobiliária na Idade Média e seus usos constituíram a base de sustentação da sociedade feudal, na qual somente os nobres foram beneficiados pela sua posse, restando aos despossuídos o regime de servidão. Como ensina Orlando Gomes (2012), a propriedade imobiliária medieval caracteriza-se pela relação do binômio domínio eminente e domínio útil, havendo, sobre o mesmo bem, concorrência de proprietários, significando que o titular do domínio eminente concede o direito de utilização econômica do bem ou habitação e recebe, em troca, serviços ou rendas.

Na Idade Moderna, então, a qual foi sublinhada pelo Estado Absoluto, o poder era concentrado no soberano, que atuava de maneira livre e incondicionada com relação às pessoas, sem sujeição a qualquer lei e sem nenhum controle. Desse modo, a prática econômica era baseada no mercantilismo e as propriedades consistiam apenas em concessões de uso, consoante a vontade e o interesse do soberano.

As Revoluções Francesa e Industrial, já na Idade Contemporânea, sinalizaram o início do Estado Contemporâneo, dando ensejo ao surgimento do Estado Liberal, no qual a noção de propriedade foi desenvolvida com suporte na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), do Código Civil Francês (1804) e da Escola Pandectística, correspondendo a um direito de caráter absoluto e personalíssimo, em contraposição ao modelo absolutista (BERCOVICI, 2001).

A afirmação da propriedade individual no Estado meramente patrimonialista do século XIX afastou-se do modelo feudalista, tendo a propriedade passado a ser considerada um direito individual e inerente ao homem, constituindo-se, inclusive, como um instrumento da soberania individual (LISBOA, 2008).

A garantia ao direito de propriedade, entretanto, foi consubstanciada principalmente após a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que a propriedade foi definida como um direito inviolável e sagrado (RODRIGUES JUNIOR, 2014). Como bem explica Alexandre Barbosa da Silva (2014, p. 385), "[...] a propriedade, a partir da modernidade, ganha traço individualista, uma vez que o dono do bem alcança liberdade absoluta de agir a partir de seus poderes descritos em lei".

Com a evolução do Estado Liberal (do século XIX) para o Estado Social (do início do século XX), a propriedade passou a ser considerada não apenas um poder individual, constituindo também um poder social e econômico, haja vista consistir num importante fator de produção e realização, inclusive de direitos fundamentais, garantida pelo Estado (SIQUEIRA; SIQUEIRA, 2017).

O caráter absoluto do direito de propriedade foi superado pela aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção de propriedade como função social (SILVA, J., 2015). A propósito, segundo Paulo Lôbo (2008), o sistema constitucional brasileiro, inaugurado pela CRFB/88, adotou o processo de constitucionalização do Direito Civil, em que, entre outros aspectos, destaca-se a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Para esse autor, tal fenômeno teve origem na preocupação dos juristas em adequar o Direito Civil aos valores consagrados na Constituição.

Em síntese, para o Direito brasileiro, assim como em grande parte das nações que seguem a tradição romanística, a propriedade imobiliária é uma convenção humana e pode ser definida como o poder, limitado pela função social, que a pessoa ostenta sobre uma coisa, visto que estão nela as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, por não serem exaustivas ou absolutas, podendo inclusive alguns dos poderes estar momentaneamente dissociados ou compartilhados.

Daí o reconhecimento de um novo conjunto de valores e princípios constitucionais, que mudaram a feição da propriedade imobiliária moderna e até do seu compartilhamento[4], que passa pela limitação das suas faculdades ao cumprimento da função social, de acordo com o art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88, o que se explorará a seguir.

3 A PROPRIEDADE, A FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO DE MORADIA NO BRASIL

Como se vê, no curso da história, a humanidade passou por diversas revoluções, cada uma delas almejando tornar efetiva uma nova configuração de Estado, o que levou a sociedade a atravessar o Estado Absoluto, o Estado Liberal e o Estado Social até chegar ao Estado Democrático de Direito, o único com capacidade de juridicidade e de concretização de seus preceitos e regras (BONAVIDES, 2007).

A ideia de função social da propriedade foi positivada na Constituição mexicana de 1917 e, em 1919, na Constituição Republicana alemã, conhecida como a Constituição de Weimar, a qual dispunha no seu art. 153 que "[...] a propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade", tendo sido tal norma reproduzida na Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) (COMPARATO, 1995).

[4] Cf. a obra *Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício* (CABRAL; GAMA, 2018).

Seguindo as modificações impostas pelas constituições sociais, o Texto Constitucional brasileiro de 1934 buscou compatibilizar os interesses dos proprietários com as demandas sociais, vedando pela primeira vez o exercício do direito de propriedade contrário ao interesse social (TEPEDINO, 2011). Tal entendimento foi acompanhado pelas demais constituições brasileiras, excluída a de 1967, ano em que, merece destaque, a nomenclatura passou a ser função social (SANTOS, 2006; SIQUEIRA; SIQUEIRA, 2017) e não interesse social.

Importante aspecto deve ser ressaltado: a propriedade, que já constituía uma garantia constitucional desde a Constituição imperial de 1824, passou a ter, a partir da constituição de 1934, sua garantia reconhecida apenas se exercida em conformidade com o interesse/função social. Nesse sentido, Otavio Luiz Rodrigues Junior (2014), ao citar Waldemar Ferreira, aduz que, a rigor, o conceito de propriedade, após a consagração do princípio da função social, não foi alterado, permanecendo, portanto, o mesmo conceito civilístico já previsto nos códigos advindos do Direito romano, embora passando a ser um direito limitado.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

Na verdade, foi somente com a CRFB/88 que a função social da propriedade ganhou ainda mais força, haja vista tal princípio ter sido consagrado como direito fundamental ao lado do direito de propriedade, restando a garantia deste condicionada ao cumprimento do exercício de sua função social, conforme previsão do art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88). Dessarte, são inseridos no Texto Constitucional outros dispositivos cujo conteúdo tem como núcleo aspectos relativos à função social da propriedade, a exemplo dos arts. 182 e 183, que disciplinam a utilização da propriedade urbana, e dos arts. 184 e 185, que regulam o uso da propriedade rural.

A função social da propriedade já se encontra positivada em nosso ordenamento constitucional desde a Constituição republicana de 1934, sobre o título interesse social, não tendo feito parte da Constituição de 1937.

Acerca da natureza jurídica da função social da propriedade atesta-se que não se discute, segundo a CRFB/88, que o direito à propriedade privada, desde que esta exerça sua função social, é um direito fundamental. O teor dessa norma constitucional constitui um princípio que deve nortear a função do intérprete ao aplicar esse direito, mas também ao proprietário e possuído legítimo, que constituem os destinatários da norma.

Ao proceder a uma análise sistemática da função social da propriedade, citando Siqueira (2018, p. 16), devem-se delinear já alguns

aspectos: primeiro, está-se tratando de um direito destinado a cumprir uma função social, isto é, o protegido não é a propriedade, mas o direito de propriedade, caso ela esteja exercendo a sua função social; segundo, a função social da propriedade não se encontra só no sentido de bem-estar que seu uso deve acarretar, mas principalmente na disciplina da conduta do proprietário, que deve pautar a utilização do direito de propriedade em consonância com aspectos sociais, econômicos, ambientais e urbanísticos; terceiro, os proprietários ou possuidores são os verdadeiros destinatários das normas da função social da propriedade, podendo seu direito ser atingido, caso haja o descumprimento do preceito; quarto, o direito fundamental à propriedade encontra-se restringido, devendo seu titular exercitar seus poderes em conformidade com a sua função social, que busca a conformação deste com o interesse da coletividade.

Ressalta-se que anteriormente, segundo Tepedino (2011, p. 237), "[...] a função social, a despeito de sua previsão constitucional, não adquire eficácia jurídica propriamente dita, sendo concebida, no âmbito do direito civil, apenas como dever imposto ao Estado de legislar com preocupação social [...]".

A importância desse preceito, também positivado no art. 1.228, § 1º, do CC, produz importante mudança na análise da garantia fundamental à propriedade, que só passa a ter eficácia se o seu exercício estiver em consonância com o interesse social. Ressalta-se que a propriedade não deixa de existir, caso se descumpra o preceito, mas deixa de ser garantida. Em síntese, a função social (OLIVEIRA; FREITAS, 2013) apresenta um conceito fluido, variando seu significado com as mudanças de valores que ocorrem na sociedade, sendo relevante ressaltar que seu fundamento é a vedação do uso de um bem de forma contrária aos interesses gerais, devendo prevalecer a utilidade coletiva ao interesse minimamente individual. Exemplificando, não se pode abrir uma casa de *shows* em uma área residencial, reconhecida como tal pela norma urbanística.

A utilização da propriedade urbana foi condicionada ao cumprimento de sua função social, devendo observar, portanto, as exigências fundamentais da ordenação da cidade, de acordo com o seu plano director e Lei de Uso e Ocupação do Solo, se houver. Resalta-se que a Lei da Liberdade Econômica, editada em 2019 (Lei nº 13.874/2019) não apresentou qualquer alteração ao art. 1.228, §1º, ou 1.299 do Código Civil. Isto é, ao contrario da função social do contrato, a função social da propriedade não sofreu qualquer modificação.

O poder de edificar do proprietário do bem imóvel, a quem compete atender às normas administrativas, sob pena de incorrer em ilicitude e o imóvel ser alvo de demolição, salientando-se que o direito de construir também é condicionado ao cumprimento do princípio da função social da propriedade. Nessa perspectiva, identifica-se um problema comum nas

grandes cidades, qual seja, o abuso do direito de construir, o que leva à violação do princípio da função social da propriedade e das cidades e do direito de moradia (ALVES; MEDA, 2018), abalado por uma possível determinação de demolição da edificação irregular.

Meirelles (2005) e Siqueira (2018) lecionam que o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade, tendo em vista que essa faculdade compreende o poder de transformar o imóvel, edificá-lo, beneficiá-lo ou até demoli-lo. Enfim, todas as obras que favoreçam a utilização ou o aumento do valor econômico do bem.

O cerne da questão, neste trabalho, será responder qual a posição atual dos Tribunais Superiores no tocante a construção de acessões e benfeitorias sem o cumprimento da ordem urbanística. Tal fato configura uma irregularidade, que constitui uma infração ao princípio da função social da propriedade e da função social da cidade. No tocante à definição de direitos fundamentais e sua distinção dos direitos do homem, Canotilho (2009, p. 393, grifo do autor) acentua:

> *direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e dão o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigente numa ordem jurídica concreta*.

Mais adiante, ao tratar das funções dos direitos fundamentais, na p. 408, classifica:

> *Os direitos fundamentais cumprem a função de* ***direitos de defesa*** *dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)* (CANOTILHO, 2009, p. 408, Grifos originais). [Sobre o assunto, ver também Hesse (1998, p. 228).]

Ocorre que grande parte destas edificações são para fins residenciais e realizados por população de baixa renda, cuja demolição acarretaria perda da habitação. Logo, o particular de baixa renda poderia elidir o pedido de demolição realizado pela Adminstração pública, por exemplo, alegando direito de moradia?

3.2 DIREITO A MORADIA

O direito social da moradia constitui um direito fundamental, segundo George Marmelstein (2017), tendo sido positivado na Constituição pátria por força da Emenda Constitucional (EC) nº 26/2000, que alterou o art. 6º da CRFB/88. A doutrina estrangeira debate intensamente em torno do alcance desse direito, prevalecendo em Portugal, como se pode verificar nas palavras de Vieira de Andrade (2009, p. 361), o seguinte entendimento:

> Na Constituição Portuguesa as normas que preveem os direitos (sociais) a prestações, contêm directivas para o legislador (normas impositivas de legislação), não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos.

A análise desse posicionamento pode conduzir à conclusão de que tais normas, mesmo de natureza fundamental, não conferem direitos subjetivos aos particulares, sendo a justiciabilidade enfraquecida pelo princípio da reserva do possível, e seus ditames dirigidos ao Estado visando à sua não omissão (NOVAIS, 2010).

Não se discute a aplicação imediata desse tipo de norma constitucional, expressa tanto na Constituição portuguesa, em seu art. 65, como na Carta brasileira, mas se tal direito constitui um direito subjetivo. Para a doutrina brasileira, citando novamente Marmelstein (2017), o posicionamento da doutrina portuguesa não seria o melhor entendimento, já que não se podem distinguir os regimes de proteção jurídica dos direitos civis e políticos dos direitos sociais, sendo aplicáveis a estes todos os meios processuais disponíveis. Em síntese, não é pacífica, tendo por base o Direito comparado, a compreensão sobre se o direito de moradia constitui um direito subjetivo do cidadão ou imposição ao Estado para tomadas de medidas satisfativas.

No Direito brasileiro, em face da falta de moradia ou da prática de realizações de edificações irregulares, é farta a jurisprudência que aplica o direito de moradia como direito subjetivo e determina medidas de

abstenções ao Estado, quando, por exemplo, impede uma demolição. Nas lides envolvendo particulares, o reconhecimento do direito de moradia é patente, tal como na impenhorabilidade de determinado bem, caso seja considerado de família.

Observando-se agora a problemática lançada neste item relativa ao direito de demolição da Administração Pública, quando depara com uma edificação irregular, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como, por exemplo, no REsp nº 1240915/SC, relatado pela ministra Assusete Magalhães e julgado em abril de 2018, passou a reconhecer o direito subjetivo à moradia, indeferindo a demolição pleiteada pela Administração Pública quando se defrontou com edificação irregular. O argumento, na maioria dos julgados, é o de que a demolição constitui medida bastante gravosa, considerando o direito de moradia. Na decisão monocrática, indicou que "neste contexto, tenho que a demolição só pode ocorrer, do ponto de vista jurídico fundamental, desde que haja indicação e disponibilização, pelo Poder Público, de área onde a apelante possa construir moradia adequada, observados, ademais, os programas habitacionais disponíveis" (BRASIL, STJ, 2018a).

Em outros processos, quando deparou, por exemplo, com edificações em área de risco, o Supremo Tribunal Federal (STF), no ARE nº 1018103/SE, relatado pelo ministro Edson Fachin e julgado em maio de 2018, defendeu abertamente o direito subjetivo à moradia, determinando prestação positiva ao Estado na concessão desse direito. Na ementa ficou consagrado o seguinte: "É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurado violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia" (BRASIL, STF, 2018).

A matéria em análise passou a ter uma ressalva sutil. A demolição, segundo essas recentes decisões, continua viável, mas condicionada à disponibilização do poder público de área para moradia adequada do particular. Em verdade, deve ser defendido que a Administração Pública, ao requerer a demolição de uma obra irregular, não está infringindo o princípio da dignidade da ocupante da área ou seu direito à moradia, mas tão somente cumprindo com o dever de proteção da ordem urbanística e os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade. É fato notório que as cidades brasileiras sofrem com problemas sociais graves e que o art. 6° da CRFB/88 inscreve a moradia como um direito social.

O art. 1.228 do Código Civil, que disciplina as faculdades da propriedade e os direitos sociais postos na CRFB/88, tem que ser observado em consonância com todos os princípios da dita Carta, e o fato de a Administração requerer a demolição de obra irregular que serve de habitação ao particular não está *prima facie* desrespeitando o princípio da

moradia de ninguém, até por que a habitação irregular constitui um ilícito, não podendo o direito de poucos, mesmo que supostamente desprovidos de condições econômicas, ser prevalente ao direito de toda a sociedade, em conformidade com o art. 30, inciso VIII, da CRFB/88, que fala do dever do município de promover o ordenamento territorial. Em síntese, defende-se em cada caso um sopesamento dos princípios aplicados ao conflito.

O assunto é controverso, considerando-se as correntes jurisprudenciais citadas neste artigo, pois envolve considerar que o direito social à moradia constitui direito subjetivo, e que os citados tribunais superiores, em face do Estado Social e da enorme quantidade de vulneráveis na população, consideraram a plevalência, *prima facie,* deste em detrimento do descumprimento da função social da propriedade ou das cidades e do orçamento público previamente firmada em lei. Em síntese, foi analisada neste trabalho a ideia de que a propriedade imobiliária está limitada ao princípio da função social e de que uma edificação irregular significa que essa não é garantida constitucionalmente, gerando o dever da Administração Municipal de requerer a implementação de medidas de adequação ou até de demolição. Ao se manter a edificação sob o argumento do respeito ao direito de moradia, está-se claramente privilegiando esse direito social e desconsiderando não só o princípio da função social, mas principalmente o princípio da função social da cidade dirigido ao Estado.

Para concluir, não resta dúvida de que o Judiciário, como aplicador do Direito, depara com situações delicadas ao tratar da habitação, mas algumas circunstâncias devem ser vistas com maior acuidade, mesmo considerando-se o direito à moradia um direito subjetivo, capaz de gerar um dever de prestação ao cidadão pelo Estado. Os aplicadores do Direito jamais devem perder de vista os princípios da reserva do possível e da função social, não podendo o uso da propriedade imobiliária ser considerado absoluto sob o argumento de que serve de moradia (BERCOVICI, 2005).

A demolição, nesses casos, não deve ser afastada e caso condicionada a derrubada a concessão de outra habitação ao particular, segundo os julgados citados, deve a decisão está fundamentada na hipossuficiência daquele e no caráter residencial e social. O ponto nodal é que a função social da cidade deve prevalecer e que o direito de construir, como consequência do uso da propriedade imobiliária, está sujeito as restrições ora tratadas, inclusive no tocante ao possível privilegio do direito de moradia, permitindo a edificação ou não em detrimento do ordenamento urbanístico.

Não resta dúvida de que cada caso constitui um exercício de sopesamento entre os princípios expostos neste artigo. Em síntese, historicamente, os tribunais superiores, em face da hipossuficiência da

maioria da população brasileira, vêm preferindo, nos casos relatados neste artigo, conferir proteção subjetiva ao direito de moradia, mesmo em detrimento dos princípios da função social da propriedade e das ciudades, sendo essa principio dirigido ao administrador municipal. Pelo menos agora se apresenta um condicionamento que pode harmonizar os principios ora em estudo.

Mesmo mantendo o entendimento que o edificador não tem posse, quando constrói em bem público (vide súmula nº 619[5] do STJ), o STJ passou a declarar em seus julgados que a demolição é a medida mais gravosa e deve ser evitada até que a Administração garanta moradia digna ao infrator. A ministra Assusete Magalhães, no Recurso Especial nº 1.240.915 - SC (2011/0049727-1), julgado em 4/2018 faz a seguinte consideração em sua decisão:

> Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de considerar na determinação do conteúdo de um direito fundamental o influxo de outra norma de direito fundamental, ao analisar hipótese onde se discutia o conteúdo do direito de propriedade e sua função social em face do direito difuso ao ambiente (MS 22164, Relator Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995).Neste contexto, tenho que a demolição só pode ocorrer, do ponto de vista jurídico fundamental, desde que haja indicação e disponibilização, pelo Poder Público, de área onde a apelante possa construir moradia adequada, observados, ademais, os programas habitacionais disponíveis.
> Não pode a apelante ver violado seu direito à moradia, com a imposição de demolição de sua habitação, edificada há mais de dez anos (este período afirmado na contestação; há nos autos conta de luz de janeiro de 2002), sem sequer a indicação de área alternativa. De fato, a pura e simples demolição, desacompanhada, no mínimo, de alternativa para o exercício do direito à moradia, configuraria ato estatal desvinculado da boa-fé objetiva e dos direitos fundamentais da apelante. Ainda mais no caso concreto, em que Poder Público, ciente há muito do local de habitação da apelante, além de nada fazer para compatibilizar a moradia com o ambiente, atuou positivamente ao disponibilizar ali prestação do serviço público de energia elétrica no local (BRASIL, STJ, 2018a).

[5] **Súmula 619** - A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias (BRASIL, STJ, 2018b).

A decisão ora transcrita denota uma tendência não de se julgar improcedente o pleito demolitório, mas condicioná-lo a ação do Poder Público destinar área propícia à moradia do réu, isto quando a edificação não se encontra em área de risco, ou causando risco a seus ocupantes. Logo, a obrigação de fazer (demolir) seria de natureza modal, em face do encargo destinado ao exequente. Observa-se que o princípio do direito à moradia, em sua natureza positiva, implica o dever ao Estado em realizar medidas de proteção de caráter organizatório e procedimental. Ora, em nenhum momento o princípio pode indicar que o Município deve conceder uma casa a cada habitante carente, mas que trabalhe para organizar o respeito ao direito de moradia, sem maiores comprometimentos a função social da cidade.

5 CONCLUSÃO

Embora não se tenha definido a propriedade no Direito romano, são inúmeras as transformações havidas desde a antiga concepção da propriedade, no período pré-clássico, em que era vista como um poder inerente ao *pater familias*, chefe da família, com caráter essencialmente político e soberano, até o conceito desenvolvido por Justiniano, quando ganhou alguma conotação social. O certo é que, após breve análise do processo histórico, observou-se que, nos países seguidores da tradição romanística, o entendimento acerca da propriedade imobiliária passou de um poder absoluto para um poder limitado pela função social da propriedade e por outros princípios de natureza fundamental. Acerca disso, transcrevem-se as seguintes conclusões, extraídas desta pesquisa:

a) O Estado Democrático de Direito tende a privilegiar os direitos e garantias fundamentais, assumindo o dever de garantir o direito de propriedade, tanto na sua dimensão individual como na sua dimensão social.
b) O direito de propriedade aparece no Texto Constitucional de 1988 vinculado ao exercício de sua função social, indicando que a garantia constitucional da propriedade inexiste, se não for cumprida sua função social.
c) A propriedade imobiliária está limitada ao princípio da função social, e uma edificação irregular significa que essa não é garantida constitucionalmente, gerando o dever para a Administração Municipal de requerer a adoção de medidas de adequação ou até de demolição. Ao se manter a edificação sob o argumento do respeito ao direito de moradia, está-se claramente privilegiando esse direito social e desconsiderando não só o princípio da função

social, mas principalmente o princípio da função social da cidade dirigido ao Estado;

d) O art. 1.228 do Código Civil, que disciplina as faculdades da propriedade e os direitos sociais postos na CRFB/88, tem que ser observado em consonância com todos os princípios da dita Carta, e o fato de a Administração requerer a demolição de obra irregular que serve de habitação ao particular não está *prima facie* desrespeitando o princípio da moradia de ninguém, até por que a habitação irregular constitui um ilícito, não podendo o direito de poucos, mesmo que supostamente desprovidos de condições econômicas, ser prevalente ao direito de toda a sociedade em conformidade com o art. 30, inciso VIII, da CRFB/88, que fala do dever do município de promover o ordenamento territorial. Em síntese, defende-se em cada caso um sopesamento dos princípios aplicados ao conflito.
e) Não resta dúvida de que o Judiciário, como aplicador do Direito, depara com situações delicadas ao tratar da habitação, mas algumas circunstâncias devem ser vistas com maior acuidade, mesmo considerando-se o direito à moradia um direito subjetivo, capaz de gerar um dever de prestação ao cidadão pelo Estado. Os aplicadores do Direito jamais devem perder de vista os princípios da reserva do possível e da função social, não podendo o uso da propriedade imobiliária ser considerado absoluto sob o argumento de que serve de moradia.
f) Necessidade de se privilegiar a função social da cidade, não deixando se aplicar a pena de demolição as edificações irregulares, mesmo que condicionado, em caso se habitações com fins residenciais, a concessão por parte do Estado de moradia ou até de aluguel social ao particular hipossuficiente atingido pela orden judicial, respeitado a reserva do possível e a lei orçamentária.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Brito; MEDA, Ana Paula. A proteção do direito à moradia adequada e sua importância para o desenvolvimento infantojuvenil na perspectiva dos direitos de personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** v. 18, n. 1, p. 181-207, jan./abr. 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado,** v. 7, p. 69-84, jul./set. 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.** Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2. Turma. Agravo Interno no Recurso Especial 1240915/SC. Constitucional. Tributário. Agravo Interno no Recurso Especial. Parcelamento fiscal. Lei 12.996/2014. Reinclusão de contribuinte. Procedimento de exclusão. Acórdão recorrido que reconheceu ofensa a princípios constitucionais. Impossibilidade de apreciação da matéria, em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo interno improvido. Relatora: Ministro Assusete Magalhães, 21 jun. 2018a. **DJe,** 21 jun. 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro

=201100497271&dt_publicacao=25/09/2018. Acesso em: 7 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Corte Especial. Súmula 619. A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias. **DJe** 30 out. 2018b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=619&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Turma. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1018103/SE. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo. Interposição em 19.4.2017. Direito à segurança e moradia. Construção em encostas. Desabamento. Determinação pelo Poder Judiciário de medidas emergenciais. Possibilidade. Responsabilidade civil do Estado. Reconhecimento. Incidência da Súmula 279/STF. Agravante: Município de Aracaju. Agravado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Edson Fachin, 27 abr. 2018**. DJe-087,** 4 maio 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314272560&ext=.pdf. Acesso em: 7 out. 2018.

CABRAL, Rafael Lamera Giesta; GAMA, Vanessa Dias de Carvalho Quaresma. Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício. **Revista Jurídica da UNI7**, v. 15, n. 2, p. 109-125, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Novo Código Civil e suas perspectivas perante a constitucionalização do direito. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **História do direito brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 431-455.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. *In*:

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-28.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINEZ, Jesús Daza; ENNES, Luís Rodrigues**. Instituciones de derecho privado romano.** 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Rodrigo Barroso de; FREITAS. Thiago Augusto. A propriedade vista por John Lock e suas atuais limitações. **Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva,** v. 20, jun. 2013. Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1132. Acesso em: 25 abr. 2019.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de "constitucionalização" do direito civil. **Direito Contemporâneo,** 2014. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Propriedade-e-Fun%C3 %A7%C3%A3o-Social-Exame-Cr%C3%ADtico-de-um-Caso-de-Constitucionaliza%C3% A7%C3%A3o-do-Direito-Civil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2017.

SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes. O constitucionalismo econômico: estudo sobre o princípio da propriedade privada e o da função social da propriedade. **Revista Direito e Liberdade,** v. 4, n. 3, p. 321-344, 2006.

SILVA, Alexandre Barbosa da. A aquisição da propriedade imóvel sem registro: ensaio sobre uma realidade a partir da dimensão funcional do direito civil. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al*. **Direito civil constitucional:** a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito

Jurídico, 2014. p. 377-397.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir:** perfil constitucional e restrições. A função social em conflito com o direito de propriedade. Curitiba: Juruá, 2018.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A perda da multipropriedade imobiliária por usucapião. **Revista Jurídica Da UNI7**, v. 14, n. 2, p. 65-80, 2017. DOI: https: //doi.org/10.24067/rju7,14.2:481.

TABOSA, Agerson. Direito romano. 3. ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.) Comentários ao código civil, v. 14: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido: 23/10/2019.
Aprovado: 29/7/2022.

Marcelo Sampaio Siqueira
Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor).
E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br.

Monica de Sá Pinto Nogueira
Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).
Advogada.
E-mail: monica.pintonogueira@gmail.com.