

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PROPRIEDADE E MORADIA NO REGIME EXPROPRIATÓRIO DO
DECRETO LEI nº 3.365/41

ANA PAULA ZARDETO FERRARI

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

ANA PAULA ZARDETO FERRARI

**PROPRIEDADE E MORADIA NO REGIME EXPROPRIATÓRIO DO
DECRETO LEI nº 3.365/41**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Fabiano Soares Gomes.**

Rio de Janeiro

2016 / 2º SEMESTRE

Zardeto Ferrari, Ana Paula
2345p Propriedade e Moradia no Regime Expropriatório
do Decreto Lei n° 3.365/41 / Ana Paula Zardeto
Ferrari. -- Rio de Janeiro, 2016.
71 f.

Orientador: Fabiano Soares Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Direitos Fundamentais; Propriedade;
Moradia; Desapropriação. I. Soares Gomes, Fabiano,
orient. II. Título.

CDD 341.3

ANA PAULA ZARDETO FERRARI

**PROPRIEDADE E MORADIA NO REGIME EXPROPRIATÓRIO DO
DECRETO LEI nº 3.365/41**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Fabiano Soares Gomes.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

Dedico a realização deste trabalho aos meus pais e meus irmãos, minhas maiores inspirações, e àqueles que demonstram na prática todos os valores do Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Carlos e Laura, por todo suporte, moral e financeiro, que foram fundamentais para minha formação. Por sempre confiarem no meu potencial e acreditarem nas minhas escolhas. Por nunca terem medido esforços para a minha felicidade. Sem eles eu nada seria.

Aos meus irmãos, Mariana, Beto e Fernanda, que sempre estiveram ao meu lado durante toda essa jornada. E, que com carinho e compreensão, sempre foram prestativos nos meus estudos, desde ouvir meus intermináveis receios de provas e trabalhos, a sugerir conselhos e críticas. Obrigada por serem meus fieis companheiros e por me motivar a ser uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus amigos, que compartilharam os melhores momentos que vivenciei na Universidade. Não poderia deixar de agradecer por toda ajuda e cada palavra de carinho e motivação, que demonstraram que a amizade é um bem precioso que levamos para toda vida. Com eles minha caminhada se tornou mais leve, prazerosa e engrandecedora.

Agradeço a esta Universidade maravilhosa, da qual me orgulho imensamente, e a todos os professores que me proporcionaram conhecimento e me transformaram tanto como pessoa quanto como profissional, sendo tão importantes na minha vida acadêmica.

Ao professor Fabiano Soares Gomes, pela honra por ter sido sua orientanda. Pelo incentivo e apoio desde a escolha do tema a ser trabalhado. Por me instigar a buscar maiores informações e pesquisar mais profundamente, de maneira a elaborar um trabalho detalhado através da percepção clara e não apenas superficial da realidade abordada.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que, de alguma forma, fizeram parte dessa importante etapa em minha vida.

RESUMO

A efetividade do regime expropriatório é um assunto que muito se discute, ainda mais se levarmos em consideração os direitos fundamentais abarcados dentro da desapropriação: propriedade e moradia, direitos esses garantidos na Constituição Federal, mas que por vezes é relativizado diante do interesse do Estado em expropriar o bem imóvel em casos de necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social. Apesar de o texto constitucional atribuir ao instituto da desapropriação a condição de garantia fundamental ao direito de propriedade, essa afirmação não é consensual, tendo em vista que esse regime viola e toma o bem do proprietário. Este é o fundamento que move a presente Monografia, cujo problema central consiste na verificação dos contornos legais, teóricos e práticos do instituto da desapropriação. Nesse sentido, busca-se constatar quais os limites da desapropriação frente ao direito de propriedade e moradia, bem como a forma que vem sendo aplicado na prática. Para tanto, realizar-se-á uma revisão da literatura e legislação atinentes, a fim de que se desenvolva uma pesquisa, consistente na análise de doutrina com o fito de apurar como a desapropriação do imóvel vem sendo relacionada com a efetivação do direito à propriedade e moradia.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Propriedade; Moradia; Desapropriação.

ABSTRACT

The effectiveness of the expropriation regime is a subject that is much discussed, especially if we take into account the fundamental rights encompassed within expropriation: property and housing, rights guaranteed in the Federal Constitution, but which are sometimes relativized in the interest of the State in Expropriate the immovable property in cases of necessity or of public utility or by social interest. In spite of the constitutional text assigning to the expropriation institute the condition of fundamental guarantee to the right of property, this affirmation is not consensual, considering that this regime violates and takes the property of the owner. This is the foundation that moves the present Monograph, whose central problem consists in verifying the legal, theoretical and practical contours of the expropriation institute. In this sense, it is sought to establish the limits of expropriation in relation to the right to property and housing, as well as the form that has been applied in practice. Therefore, a review of the relevant literature and legislation will be carried out, in order to develop a documentary type of research, consisting of the analysis of doctrine with the purpose of ascertaining how the expropriation of the property has been related to the effectiveness of the Right to property and housing.

Key words: Fundamental rights; Property; Home; Expropriation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	5
1.1 BREVE PROCESSO HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
1.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração.....	5
1.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração.....	6
1.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Geração	6
1.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Geração?.....	6
1.3 DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS.....	6
1.4 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	6
1.5 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	6
1.6 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	7
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MORADIA.....	7
2.1 BREVE PROCESSO HISTÓRICO	7
2.2 CONCEITO.....	8
2.3 AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO DIREITO À MORADIA.....	8
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPRIEDADE	9
3.1 BREVE PROCESSO HISTÓRICO.....	9
3.2 CONCEITO.....	9
1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	10
1.2 DEFINIÇÃO E LIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	10
1.3 RESTRICÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	10
1.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	11
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO	12
4.1 CONCEITO	12
4.2 CLASSIFICAÇÃO.....	12
4.2.1 Necessidade Pública.....	12
4.2.2 Utilidade Pública.....	12
4.2.3 Interesse Social.....	12
5 PROPRIEDADE E MORADIA VERSUS DESAPROPRIAÇÃO.....	13
6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	14
6.1 APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.099 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.....	14
6.2 CASO VILA AUTÓDROMO	14
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia tem como objetivo a análise do direito de propriedade e moradia no regime expropriatório no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, os direitos abarcados pela Constituição, a propriedade e a moradia tomam destaque no âmbito do regime expropriatório.

O direito à moradia e propriedade dentro do regime expropriatório tem sido violado em inúmeros casos de remoção, considerando que a falta de transparência e diálogo do Poder Público acabam afetando os cidadãos acometidos pela desapropriação.

Assim, o referido tema foi escolhido pela polêmica existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao direito de propriedade e de moradia no regime de desapropriação. O tema possui grande relevância no ordenamento jurídico nacional, tornando imprescindível uma ampla discussão porque trata de preceitos fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Diante do exposto, a monografia que aqui se propõe visa fomentar a atual discussão existente: entre o conflito entre o interesse expropriatório do Estado e o direito à propriedade e moradia dos cidadãos e a efetividade do regime expropriatório, bem como a não relativização do procedimento do Poder Público em retirar de seu dono a propriedade de bem imóvel, fundado na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social perante a garantia constitucional de propriedade e moradia do cidadão.

Diante dessas indagações, é no Poder Judiciário, como última instância de poder, que se pretende buscar o cumprimento dos direitos conquistados e garantidos constitucionalmente. Neste cenário, devemos levar em conta a complexidade do tema que vem cada vez mais sendo discutido nos Tribunais Brasileiros, após um estudo aprofundado, examinando toda a evolução histórica do direito de propriedade, de moradia e do regime expropriatório, avaliando todas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

CAPÍTULO 1

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 Breve Processo Histórico dos Direitos Fundamentais

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não foram os mesmos em todas as épocas. O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade do homem, que enseja uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.¹

Segundo Gilmar Ferreira Mendes,

“Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vem enfatizar a submissão de autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. [...] Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração Francesa, de 1789.”²

Desde a Revolução Francesa de 1789, o regime constitucional é associado a garantia dos direitos fundamentais. Já no artigo 16³ da Declaração dos Direitos do Homem e do

1 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135-136.

2 Ibid, 2015, p. 136.

3 Art. 16, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão/1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

Cidadão⁴, condicionou-se à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição. Tal fato tinha uma profunda significação. O governo se conduziria por uma Constituição escrita, na qual ficava estabelecido em favor do indivíduo uma esfera, uma zona de autonomia de ação, delimitando o campo de intervenção legítima do Estado na vida de qualquer um.⁵

4 “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Com a Revolução Francesa, a França acabou promulgando um marco universal em matéria de Direitos Humanos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão destacava os princípios da igualdade, liberdade, prosperidade, segurança, resistência à opressão, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento.

A partir disso, as Constituições francesas anteciparam inúmeros direitos fundamentais, sendo seguido pelos demais países no decorrer dos séculos XIX e XX. O reconhecimento de novos direitos, de cunho positivo e que o Estado estava obrigado a prestar, permaneceu intocado como uma das metas do constitucionalismo e inspirou a formulação de constituições, declarações de direitos e das garantias. As declarações de direitos são um dos traços mais característicos do constitucionalismo. Paulo Bonavides leciona que:

“[...] ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação dos poderes – a tensão transcorria menos ao campo das relações dos cidadãos com o Estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado nas relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto, avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar. Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania

Art. 14.º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15.º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

5 ARAÚJO, Rosa Eugênio. **Revista da SJRJ - Seção Judiciária do Rio de Janeiro.** Nº 25. Rio de Janeiro: JFRJ, 2009, p. 316.

postulante. Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica.”⁶

Nesse sentido, os direitos fundamentais assumem posição importante na sociedade na medida em que se inverte a relação entre Estado e indivíduo e é reconhecido que o indivíduo tem direitos e deveres perante o Estado.

Assim, conforme ensinamento de Nathalia Masson, a atual estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais se justifica tendo em vista que os valores mais caros da humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como se deve reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico.

Corroborando essa ideia ao afirmar que a evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição⁷.

Cabe destacar, por fim, que com a evolução da sociedade, os direitos fundamentais passaram a desempenhar funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica.

1.2 Gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos históricos, nascidos de modo gradual. De modo vagaroso, no transcorrer de uma evolução histórico social, enquanto consequência das conquistas políticas angariadas, aos poucos, pelo homem, referidos direitos foram aparecendo e, gradativamente, disciplinados nos textos constitucionais. Paulo Bonavides destacou-se entre os doutrinadores ao traçar um perfil histórico temporal, reunindo os direitos em diferentes grupos, denominados gerações.⁸

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 587.

⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015, p. 189.

⁸ Ibid, 2015, p. 191.

Esse fracionamento em gerações se deu de acordo com as máximas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, segundo a qual os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) corresponderiam ao valor liberdade, os direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos) ao valor igualdade e os direitos de terceira geração (direitos de solidariedade) guardariam correspondência com o valor fraternidade.⁹

1.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

São os direitos conectados à liberdade, resistência e oposição perante excessos do Estado. Também chamados de “liberdades públicas”, tais direitos encontram seus exemplos nos direitos civis e políticos.

Esses direitos traduzem-se como faculdades pessoais a serem utilizadas tanto como direitos potestativos, a cujos efeitos o Estado se sujeita juridicamente, quanto como direitos subjetivos à prestação de deveres estatais negativos.

Assim, a primeira geração dos direitos está intimamente ligada aos direitos individuais.

1.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

9 Como o STF enfrentou o tema: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade. (Plenário, MS 22.164/SP)”. BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I, Teoria da Constituição**. 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016, p. 636.

Esses direitos tratam-se daqueles ligados ao princípio da igualdade, tais como os direitos sociais, culturais e econômicos. Tiveram origem nas primeiras décadas do século XX e representam poderes de reivindicação de determinadas prestações estatais. É, em síntese, a geração dos direitos coletivos.

1.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Geração

São os direitos concernentes à fraternidade e à solidariedade, tal como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado¹⁰, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Esses direitos surgiram em cartas e tratados internacionais de direitos humanos assinados a partir da segunda metade do século XX. Possuem alto teor de humanismo e universalidade, uma vez que se destinam à geração dos direitos difusos.

1.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Geração?

É possível falar numa quarta geração de direitos fundamentais que está relacionada à proteção e à garantia dos direitos constituídos nas demais gerações frente ao desenvolvimento tecnológico contemporâneo. Nesse sentido, determinadas constituições contemporâneas já refletem novas preocupações, tendo em vista que é crescente a importância do direito à informação.

Cabe mencionar que existem autores que defendem que os direitos de quarta geração estão relacionados à informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos,

¹⁰ Como o STF enfrentou o tema: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/206-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161) (Plenário ADInMC 3.450/DF)”. BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I, Teoria da Constituição**. 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016, p. 636.

sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, entre outros acontecimentos ligados à engenharia genética.¹¹

1.3 Direitos Individuais e Direitos Coletivos

Doutrinariamente, considera-se que os direitos individuais são aqueles titularizados pelo sujeito individualmente considerado, que representam a autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência dos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.¹²

Já os direitos coletivos são titularizados por uma categoria de pessoas, ainda que elas não possam ser individualizadas de modo preciso.

Assim, para a distinção entre direitos e garantias individuais e coletivos encontramos a lição de José Afonso da Silva, para quem os direitos individuais constituem “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”, ao passo que os direitos coletivos podem ser, segundo o mesmo autor, conceituados como “direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade”, ressaltando que boa parte dos direitos coletivos são na verdade, “direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e associação”, ao passo que outros se encontram dispersos no texto constitucional.¹³

1.4 Distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988

11 Alguns autores falam em quinta geração. Porém, essa posição acaba por incluir, na quarta geração, direitos difusos que fazem parte da terceira geração, tal como os direitos das minorias e o direito à preservação do pluralismo político.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 441.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 145.

Insta mencionar que há uma distinção entre os direitos e as garantias contidos na Constituição de 1988 e se delimita no sentido de que os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos direitos ou então, prontamente os repara, caso esses direitos sejam violados.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

“É interessante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo. Além disso, a maioria destes direitos-garantia encontra-se vinculada ao direito penal, processo penal e direito processual em geral. Entre estas, destacam-se também os assim denominados “remédios constitucionais”, procedimentos de matriz constitucional (e, neste sentido, ações constitucionais), que outorgam ao indivíduo, inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada, protegendo-se contra abusos de poder, agressões aos seus direitos, além de viabilizar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em geral.”¹⁴

Ainda, Gilmar Ferreira Mendes leciona que:

“Há, no Estatuto Político, direitos que tem como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos garantia, às chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. [...] Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.”¹⁵

Assim, nos termos do §1º do art. 5º da CRFB/88, as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, o que retrata a preocupação dos

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

sistemas constitucionais em evitar que as posições firmadas como essenciais para a identidade da Constituição não se convertam em mera retórica constitucional. Nesse sentido, os direitos fundamentais são definidos em normas autoaplicáveis, normas que não dependem da atuação posterior do legislador para incidir nas relações jurídicas concretas.¹⁶

A Carta Magna elenca no Título II um catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sintetizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º); (II) Dos Direitos Sociais (art. 6º ao 11); (III) Da Nacionalidade (art. 12 e 13); (IV) Dos Direitos Políticos (art. 14 a 16); e, por fim, (V) Dos Partidos Políticos (art. 17). Esses capítulos são os que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Esses direitos e garantias fundamentais gozam de aplicabilidade direta e imediata, por força do disposto no §1º do art. 5º da CRFB/88, do mesmo modo que vinculam imediatamente o Poder Público.

A preocupação do texto constitucional em dar a devida importância à matéria de direitos e garantias fundamentais é cristalina quando se observa logo no preâmbulo a máxima: “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais enquanto condições necessárias para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico.¹⁷

Cabe destacar, ainda, a divisão realizada por José Afonso da Silva entre garantias

16 Como o STF enfrentou o tema: “Impenhorabilidade de pequena propriedade rural de exploração familiar (Const., art. 5º, XXVI): aplicação imediata. 1. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar. 2. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional - sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental - pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de “propriedade familiar” do Estatuto da Terra.” (RE 136.753/RS). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818231/recurso-extraordinario-re-165571-rs-stf>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

17 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 234.

gerais e garantias constitucionais. É de seu entendimento que as garantias gerais são destinadas a assegurar a existência e a efetividade daqueles direitos, os quais se referem à organização da comunidade política, e que pode-se chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. Isso trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito.¹⁸

Por outro lado, as garantias constitucionais são definidas por ele como instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, nesse sentido, de dois tipos: garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos de poderes; e garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial.¹⁹

Em síntese, a atual Constituição tem os direitos fundamentais com a função de direitos dos cidadãos. Isso porque constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos e porque implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos, bem como o de exigir omissões dos Poderes Públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos em contraponto com os cidadãos.

1.5 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988

Restaurado o processo democrático com a abertura política e a eleição de Tancredo Neves para ocupar o cargo de Presidente da República, foi convocada a Assembleia Nacional constituinte pela Emenda Constitucional nº 26/85. Esse ato legislativo qualifica-se como ato político constituinte tendente a organizar a transição do regime militar para a

18 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.

19 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.

Nova República e não apenas uma manifestação do poder de reforma.²⁰

Nesse sentido, a Constituição de 1988 somou 245 artigos, além de outros 70 no ADCT. Além disso, foi intitulada de “Constituição Cidadã”, expressão utilizada pelo Deputado Ulysses Guimarães, então presidente da Assembleia Constituinte.²¹

A então “Constituição Cidadã”, denominada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Não se trata um sistema fechado, pois a própria Constituição expressamente abriu o catálogo para outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.²²

Nesse sentido, Ingo Sarlet afirma que:

“Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado – apenas para citar as mais conhecidas – das Constituições de Portugal (298 artigos) e da Índia (395 artigos). Este cunho analítico e regulamentista reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.”²³

20 BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I, Teoria da Constituição**. 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016, p. 89.

21 Ibid, 2016, p. 89.

22 JUNG, Daniel Radici. **Os direitos fundamentais materiais na ordem jurídica brasileira**. Revista Jus Navigandi, Rio Grande do Sul, 07 de julho de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8596>>. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 52.

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos. Cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais contempla direitos fundamentais das primeira, segunda e terceira gerações, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I, que trata especificamente dos Princípios Fundamentais.

No que concerne aos direitos das duas primeiras gerações, basta uma simples leitura superficial dos dispositivos integrantes do catálogo, que acolheu tanto os direitos tradicionais da vida, liberdade e propriedade, quanto o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando os direitos sociais da segunda dimensão.

Já no que diz respeito aos direitos da terceira e da quarta gerações, há que ter maior cautela. Como exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição) pode ser enquadrado na categoria de direitos da terceira geração, em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais.

Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, outras novidades foram objeto de previsão pelo poder de reforma constitucional. Digna de nota, neste contexto, é a inclusão de forma expressa do direito à moradia no artigo 6º, que trata especificamente dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000.

Tendo em vista os aspectos destacados, pode-se afirmar que os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.²⁴

24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 55.

1.6 Direitos Sociais na Constituição de 1988

No direito pátrio, o primeiro texto constitucional que disciplinou os direitos sociais foi a Constituição de 1934. Muito embora tenha vigido por poucos anos, essa Constituição manifestou com veemência as aspirações por um sistema jurídico pautado em direitos sociais e econômicos.

Comprometida com a finalidade de garantir direitos mínimos à coletividade e assegurar uma melhora das condições existenciais dos indivíduos, a Constituição de 1988 enumera, de maneira genérica, os direitos sociais por excelência: o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.²⁵

Os direitos sociais foram concebidos com o intuito de incrementar a qualidade de vida dos indivíduos, especialmente os hipossuficientes, assegurando-lhes o instrumental necessário para desfrutar das benesses que já estavam constitucionalmente asseguradas.

Sobre o tema, José Afonso da Silva apresenta um conceito para “direitos sociais”, determinando serem estes:

“[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”²⁶

Esses direitos são dotados de normatividade e força vinculante, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam aos indivíduos a aproximação da igualdade real.

25 MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015, p. 281.

26 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286/287.

Para Jorge Miranda, os direitos sociais visam “promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”.²⁷ Assim, conclui-se que a finalidade dos direitos sociais é de proteger os setores sociais economicamente débeis e estruturalmente frágeis, de modo a construir uma sociedade mais homogênea.

Insta frisar que a Constituição da República enuncia, em seu art. 3º, inciso III²⁸, que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais, objetivos estes que serão concretizados com a efetivação dos direitos sociais.

Ingo Sarlet ao comentar sobre os direitos sociais, tem o entendimento de que:

“No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.”²⁹

Assim, é mister sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também no direito constitucional positivo vigente.

27 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

28 “Art. 3º CRFB/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.

Desse modo, a relação entre direitos sociais e o Estado Social de Direito é inegável. Da simples leitura do rol dos direitos sociais, elencados no art. 6º da Constituição, já é possível perceber sua importância para a consolidação de uma democracia social efetiva. Esses direitos adquirem especial significado num país como o Brasil, no qual sua concretização encontra-se, por diversos motivos, deficitária. Tal fato contribui com o entendimento, pela população de que o Poder Judiciário é um aliado vital na luta por sua obtenção, o que faz com que a judicialização dos direitos sociais que dependam da prestação estatal seja cada vez mais frequente.³⁰

CAPÍTULO 2

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MORADIA

2.1 Breve Processo Histórico

Inicialmente, cabe mencionar que o direito à moradia foi reconhecido como direito humano apenas em 1948, com a Declaração dos Direitos Humanos, tornando-se um direito universal, aceito e aplicável em todos os países como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas.

Em outros contextos, o direito à vida, o direito norteador de todos os demais direitos previstos na Constituição, aparece vinculado ao direito à moradia digna. A partir de então, diversos tratados internacionais passaram a entender que os estados tem a obrigação de

30 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 944.

promover e proteger esse direito.³¹

O direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força do disposto no art. 23, IX, da Constituição, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. Nesse dispositivo, já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação.³²

Assim, o direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para

31 Sobre o tema, cabe destacar os fundamentos legais a seguir:

1) [Declaração Universal dos Direitos Humanos](#) (DUDH): Artigo 25, parágrafo 1º "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle."

2) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP): Artigo 17, parágrafo 1º "Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação."

3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC): Artigo 11, parágrafo 1º "Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento."

4) [Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial](#): Artigo 5, e, III - "De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) e direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: (...) III) direito à habitação"

5) [Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher](#): Artigo 14, 2: "Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdades entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações."

6) [Convenção internacional sobre os direitos da criança](#): Artigo 16, 1 "Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação." Artigo 27, 3 "Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação." GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos Sociais: Direito à Moradia**. Âmbito Jurídico, São Paulo, Março de 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

32 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314.

a dignidade da pessoa humana e desde a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi incorporado ao rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, mais especificamente no artigo 6º³³, e se estende a todo e qualquer cidadão brasileiro.³⁴

Dessa forma, é cristalino observar que o constituinte deixou transparecer a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que são embasadas e informativas de toda a ordem constitucional, com normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, juntamente com os princípios fundamentais, integram a essência da Constituição Federal.

De tal modo, não há dúvida de que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais traz repercussões ao mundo fático que não podem ser olvidadas pelos juristas. Ainda, considerando que os direitos sociais estão na esteira dos direitos fundamentais do ser humano, tem-se, como decorrência, que eles subordinam-se à regra da aplicação imediata conforme preceitua o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

2.2 Conceito

O direito de moradia é concebido como um direito social, garantido pela Constituição Federal. José Afonso da Silva explica que:

33 Art. 6º, CRFB/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

34 “Quanto à dimensão do direito à moradia incluído no art. 6º pela EC 26/2000, houve interessante dissenso jurisprudencial no STF recentemente. Em decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso, a Corte considerou que a inclusão feita pela EC 26/2000 acabou por revogar o inciso VII do art. 3º da Lei 8.099/90 (com redação da Lei 8.245/91), que instituiu exceção à impenhorabilidade de imóvel residencial, quando pertencente a avalista de contrato de locação (RE 352.940/SP). Todavia, posteriormente, vencidos os ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, o Plenário da Corte reconheceu que o direito à moradia era compatível com o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, porque a possibilidade de penhorar imóvel do avalista “facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores e, afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária” (RE 407.688/SP).” BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional - Tomo II, Direito Constitucional Positivo**. 5ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016, p. 254.

“O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência para nela habitar. [...] A compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha dimensões adequadas. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim, seria um direito empobrecido.”³⁵

Nesse sentido, essa explicação demonstra que o direito de moradia é protegido de forma ampla pela Constituição. Acrescenta ainda que o direito à moradia:

“[...] é daqueles direitos que tem duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. [...] Há, ainda, norma específica determinando ação positiva no sentido da efetiva realização do direito à moradia, quando, no art. 23, IX, se estabelece a competência comum para promover programas de construção de moradias e a melhora das condições habitacionais e de saneamento.”³⁶

Falar em direito à moradia remete imediatamente ao questionamento do que vem a ser moradia. Na verdade esse conceito é de fácil percepção, chegando a ser um consenso de que moradia ou morada é a casa onde se mora, residência em que vive, habitação. E logo conceitos próximos também o completam como lar, abrigo, proteção, refúgio, família.

O direito à moradia consiste no direito, garantido a todos, sem exceção ou distinção, de habitar, ter como casa, como morada, um local digno em que possa viver. É aceito e aplicável em toda parte do mundo como um dos direitos fundamentais para os indivíduos. Assunto de vários tratados da ONU, o referido direito integra um padrão de vida digno. De acordo com o portal “Direito à Moradia”, são elementos que integram o direito

35 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 313.

36 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 314.

fundamental: a segurança da posse, ou seja, o direito de morar sem temer ameaçar ou remoções; a disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos; o custo acessível; a habitabilidade, tendo a moradia o mínimo de adequação para uma habitação humana; a não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; a localização adequada e a adequação cultural.³⁷

A moradia configura-se, portanto, como uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano, e do cidadão, enquanto ser social. O ser humano, por si próprio, vive arraigado de necessidades, sejam elas fisiológicas, sociais, profissionais, de autoconhecimento, de reconhecimento pelos outros e demais, que vão sendo assistidas a partir do momento que ele se firma e se estrutura na sociedade. Entende-se que o ser humano só se encontraria em equilíbrio quando todas as suas necessidades estivessem satisfeitas.³⁸

O termo moradia abrange, portanto, mais do que apenas um lugar para residir ou o direito à propriedade imobiliária, como um direito essencial, que se revela no abrigo, na proteção, na intimidade, no refúgio, no conforto de um lar.³⁹

2.3 As Funções Exercidas pelo Direito à Moradia

37 DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

38 AZEVEDO, Delina Santos. **A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Bahia, 2014. Disponível em <http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direito-moradia.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

39 Como o STF enfrentou o tema: “[...] o direito à moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito à moradia é direito que deve ser reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia.” (STF, RE 407688/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Julgamento 02/02/2006).

Cabe dizer inicialmente que, além da Constituição Federal, o direito à moradia encontra-se resguardado no ordenamento jurídico brasileiro pelas leis federais nº 11.124/2005 e 11.888/2008.

Em síntese, a Lei nº 11.124/2005, coloca entre os princípios do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, a moradia digna como direito e vetor de inclusão social. Em 2008, a Lei nº 11.888, ao assegurar às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social, prescreve que além de assegurar o direito à moradia, a assistência técnica de que trata este artigo objetiva otimizar e qualificar o uso e o aproveitamento racional do espaço edificado e de seu entorno, bem como dos recursos humanos, técnicos e econômicos empregados no projeto e na construção da habitação; formalizar o processo de edificação, reforma ou ampliação da habitação perante o poder público municipal e outros órgãos públicos; evitar a ocupação de áreas de risco e de interesse ambiental; IV - propiciar e qualificar a ocupação do sítio urbano em consonância com a legislação urbanística e ambiental (Art. 2º, § 2º).⁴⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos norteadores como função exercida pelo direito à moradia. O direito à moradia é um dos núcleos que possibilita a consecução da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve ser implementado em todos os níveis.

O direito de ter uma moradia digna tem o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na personalidade dos atores sociais, abrangendo a esfera moral e material, no mesmo sentido em que não pode deixar de estar inserido no rol dos direitos mínimos, pois sem a concretização desse direito, o homem não pode viver dignamente.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso leciona que:

40 AZEVEDO, Delina Santos. **A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Bahia, 2014. Disponível em <http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direito-moradia.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

“Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. [...] A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. [...] A dignidade humana, em muitos países, é tida como aplicável tanto às relações entre indivíduos e governo quanto às relações privadas, o que corresponde à eficácia horizontal dos direitos constitucionais.”⁴¹

Tendo isso como verdade, a dignidade humana é caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos.⁴²

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida.”⁴³

Assim, a dignidade humana tem ganhado importância, tanto no âmbito interno, quanto no discurso transnacional e tornou-se um consenso ético essencial no mundo ocidental. Ainda, o princípio da dignidade humana impõe limites à atuação do Estado, com

41 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 64 e 68.

42 Ibid, 2016, p. 111.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

o objetivo de impedir a violação desse princípio por parte do próprio Estado, bem como, deverá o Estado manter como meta a promoção concreta de uma vida digna para todos.

Portanto, analisando o art. 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais e que preconiza que os brasileiros tem direito à moradia, cabe dizer que o Estado brasileiro está obrigado a traçar, conceber, implementar e executar políticas públicas que tornem a moradia um direito mínimo de cada brasileiro. A moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida.

Segundo Flávio Pansieri,

“O direito a uma moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável.”⁴⁴

Por mais que os direitos estejam expressos em lei, e com o direito à moradia não é diferente, ainda há muito que mudar, uma vez que o papel garante tudo, mas na prática, a situação é outra, já que:

“O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.”⁴⁵

Ainda, é mister afirmar que a dignidade humana está atrelada na garantia ao direito de moradia no sentido em que esse direito encontra-se tutelado pela Constituição Federal, que tem como fundamento da República esse valor supremo, bem como encontra-se amparado pela Declaração dos Direitos Humanos.

44 PANSIERI, Flávio. **Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

45 PANSIERI, Flávio. **Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51.

Para tanto, a moradia, apesar de ter sido incluída no rol dos direitos fundamentais sociais, não se encontra assegurada de maneira efetiva e concreta a todos os brasileiros, sendo certo que a previsão Constitucional implica obrigação para o Estado no sentido de implementar políticas públicas socialmente ativas para tornar concreto este direito.⁴⁶

CAPÍTULO 3

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPRIEDADE

3.1 Breve Processo Histórico

A instituição da propriedade privada constitui um dos traços, na cultura ocidental, da posição do indivíduo em face da sociedade e do poder político e da articulação entre ambos.

46 DUARTE, Hugo Garzes. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Moradia: Reflexões frente ao Conceito de Estado Democrático de Direito**. Revista Jus Navigandi, São Paulo, Setembro de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42532/dignidade-da-pessoa-humana-e-direito-a-moradia-reflexoes-frente-ao-conceito-de-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

Contudo, por trás da relevância contínua da propriedade, esconde-se uma alteração estrutural na compreensão da propriedade; alteração que ocorreu sensivelmente à semelhança do que ocorreu em outras áreas do pensamento, com o advento da modernidade, a partir dos séculos XVII e XVIII.⁴⁷

Miguel Nogueira de Brito leciona que quando se fala de uma tradição moderna da propriedade, tem em vista a tradição de pensamento que alcança o seu expoente máximo nas filosofias de Kant e de Hegel. A diferença entre as duas tradições concretiza-se na compreensão da propriedade. Sobre o tema, afirma que:

“[...] É possível identificar como as duas categorias centrais da propriedade o uso e a aquisição, isto é, em termos gerais, a perspectiva do consumidor e a perspectiva do produtor. No contexto de uma concepção da propriedade centrada no uso, é o Estado que cria a propriedade, mas, ao mesmo tempo, o Estado depende dos proprietários, no sentido em que não pode reconhecer ninguém como cidadão que não seja também proprietário. [...] A aquisição da propriedade tem uma origem distintamente política, fundada na guerra e na oposição do homem enquanto chefe da sociedade doméstica. Pelo contrário, no contexto de uma concepção da propriedade centrada na aquisição, o Estado protege a aquisição de propriedade pelo indivíduo.”⁴⁸

Uma característica comum entre o pensamento de filósofos medievais sobre a propriedade privada é que ela era questionada pela ideia de comunidade originária dos bens, ou seja, a ideia de que os bens seriam originariamente propriedade de todos em comum.

Assim, a partir da ideia de comunidade originária se podia estabelecer em bases seguras o direito de propriedade. Por outro lado, há o contraste entre o pensamento dos autores medievais com os autores modernos, no sentido em que estes entendem a completa autonomização da ordem da propriedade como manifestação da liberdade individual.

Temos, portanto, a tradição aristotélica a quem a propriedade se subordina à justiça distributiva e a tradição moderna, em que a propriedade exprime a vontade aquisitiva do

47 DE BRITO, Miguel Nogueira. **Propriedade privada: entre o Privilégio e a Liberdade**. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2010, p. 09.

48 Ibid, 2010, p. 11.

indivíduo. A substituição da justiça pela liberdade como aspecto central na ordem da propriedade na tradição moderna tem uma consequência: é essa feição da ordem da propriedade segundo a tradição moderna que torna inevitável que o reconhecimento da mesma tenha de ser completado através de um princípio social, com expressão nas modernas sociedades através das ideias do Estado Social de Direito ou do Estado de Bem Estar.⁴⁹

Miguel Nogueira de Brito conclui seu raciocínio afirmando que o conhecimento que temos da História permite-nos, possivelmente mais do que alguma vez permitiu, superar a compreensão da propriedade na base estrita de uma das duas tradições mencionadas e de aproveitar os contributos que cada uma delas pode fornecer para a formulação de uma concepção defensável da propriedade.

Acrescenta, ainda, que no âmbito da tradição aristotélica a contribuição se dá através da distinção entre justiça corretiva e justiça distributiva e da atenção para a necessidade de salvaguardar estas duas dimensões na configuração de uma ordem social justa. Por sua vez, a contribuição da tradição moderna consiste em evidenciar que o fundamento de grande parte das instituições do direito privado, e portanto também da propriedade, não pode ser outro senão a vontade individual.⁵⁰

3.2 Conceito

O conceito de propriedade sofreu grandes alterações e perdeu seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social. Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado. Gilmar Mendes acrescenta que sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger

49 DE BRITO, Miguel Nogueira. **Propriedade privada: entre o Privilégio e a Liberdade**. Lisboa: Ensaios da Fundação, 2010, p. 14.

50 Ibid, 2010, p. 15.

não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.⁵¹

Logo, a mudança da função da propriedade foi essencial para o abandono da ideia da identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade.

Gilmar Mendes indaga, ainda, sob os ensinamentos de Pontes de Miranda, que

“Propriedade', no sentido do texto, exige a realidade do direito; ou 'propriedade', no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os bens patrimoniais? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira e é a dominante (Mattin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade real, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser reais. Mais ainda: não se poderiam 'desapropriar' créditos pessoais ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 153, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, e foi a de W. Schelcher (Eigentum und Enteignung, Fischers Zeitschrift), então, sim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a realidade dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em 'propriedade', no art. 153, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais.”⁵²

Destarte, a propriedade é um regime jurídico regulado pela Constituição Federal e garantido como direito fundamental, desde que atenda a sua função social. Nesse sentido, a Constituição autoriza a desapropriação em casos em que não se verificam que a propriedade está atendendo à função social. O princípio da função social da propriedade visa garantir que a propriedade atenda seu fim social, uma vez que o Estado limita o direito do particular estabelecendo que este, no exercício de seu direito à propriedade, cumpra a destinação social da propriedade.

Para Marcelo Novelino,

51 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467.

52 Ibid, 2015, p. 468.

“No ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade privada não deve ser considerada como um direito individual, nem como instituição de direito privado. Por ter o seu estatuto fundamental previsto na Constituição, a propriedade está submetida ao regime do Direito Público.”⁵³

José Afonso da Silva entende que a propriedade é resultante de um complexo de normas jurídicas de Direito Privado e de Direito Público, e que pode interessar como relação jurídica e como instituição jurídica.⁵⁴

José Afonso da Silva defende que houve uma evolução do caráter absoluto do direito de propriedade e que essa evolução implicou a superação da concepção da propriedade como direito natural e que o Direito positivo “assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens”⁵⁵. Por esse entendimento, observa-se uma concepção civilista do direito de propriedade, sendo o regime jurídico da propriedade privada subordinado ao Direito Civil⁵⁶.

Por sua vez, Gilmar Mendes ao comentar as anotações de Celso Bastos afirma que o conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele que se serve o direito privado e que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.⁵⁷

53 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2009, p. 429.

54 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 270.

55 Ibid, 2002, p. 270.

56 Art. 1.128, § 1º Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

57 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

Assim, tal orientação não impede que outras situações jurídicas possam vir a ser abrangidas por esse conceito, obtendo desse modo a proteção constitucional devida.

Ainda que os juristas brasileiros, privatistas e publicistas concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, acabam por esquecer as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, que disciplinam a propriedade. Portanto, embora o conceito de propriedade seja constante na legislação civil, é cristalino afirmar que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais.

Aquela é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita atualmente à disciplina de Direito Público. Nesse sentido, a Constituição assegura o direito de propriedade e estabelece também seu regime fundamental.⁵⁸

1.1 Fundamento Constitucional

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda a sua função social. Assim, não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda a sua função social. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social.⁵⁹

58 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 272/273.

59 Art. 182, §4 CRFB/88: “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento”. Art 184 CRFB/88: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em título das dívida agrária, com cláusula de preservação do valo real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Abarcando as prerrogativas de usar, gozar, dispor e possuir um bem, bem como a de reavê-la diante de detenção indevida por outrem, o direito de propriedade é assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, em diversos incisos (XXII, XXIII, XXIV e XXX)⁶⁰.

Para tanto, vê-se que a Constituição protege de forma vasta a propriedade, englobando qualquer direito patrimonial, sejam eles materiais ou imateriais. Para Gilmar Mendes, isso é produto das mutações sofridas pelo direito no passar dos anos, em que releituras interpretativas passaram a:

“[...] admitir que a garantia do direito de propriedade abrangesse não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não. Essa mudança da função social da propriedade foi fundamental para o abandono da ideia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade.”⁶¹

José Afonso da Silva, por outro lado, ensina que esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode ser mais considerada como um direito individual nem como uma instituição do Direito Privado. Mas sim, deveria ser prevista como uma instituição da ordem econômica. Nesse sentido, o art. 170 da Constituição, que inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica, tem importância porque, embora prevista entre os direitos individuais, ela não poderá mais ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Continua seu raciocínio ao afirmar que a propriedade tem que atender a sua função social e fica vinculada à consecução daquele princípio.

60 Art. 5º XXII: “é garantido o direito de propriedade”; art. 5º XXIII: “a propriedade atenderá à sua função social”; art. 5º XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; art. 5º XXX: “é garantido o direito de herança”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

61 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 518.

Corrobora, por fim, ao concordar com Pontes de Miranda quando escreve que às leis é que compete regular o exercício e definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pois que, no art. 5º, XXII, só se garante a instituição de propriedade, sendo suscetíveis de mudança por lei seu conteúdo e limites.⁶²

1.2 Definição e Limitação do Conteúdo do Direito de Propriedade

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Contudo, não existe um conceito constitucional fixo de propriedade, afigurando-se legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. Nesse sentido, o conceito constitucional de propriedade tem que ser dinâmico.

Para tanto, a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo explicada de acordo com parâmetros fixos pela legislação. Ademais, as limitações impostas ao direito de propriedade tem que observar o princípio da proporcionalidade que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.⁶³ Vale ressaltar que essa ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é comum a todos os demais direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade.⁶⁴

Ainda, Gilmar Mendes, ao comentar observações de Papier, leciona que:

62 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 271.

63 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 482.

64 Nesse sentido, cabe mencionar manifestação da Corte Constitucional alemã: “A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição; seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa — elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental — para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas”.

“Da reserva legal constante do art. 14, II, da Lei Fundamental resulta que 'apenas a propriedade definida em lei' constitui objeto da garantia da propriedade, gozando, portanto, da proteção constitucionalmente assegurada. [...] Podem-se distinguir conceitualmente as disposições de caráter conformativo do direito de propriedade (Inhaltsbestimmungen) daquelas de índole estritamente restritiva (Schrankenbestimmungen). Essa diferenciação não tem, todavia, qualquer relevância do prisma estritamente dogmático ou objetivo. A decisão do legislador de emprestar, originariamente, um conteúdo restritivo a determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade ou de estabelecer restrições ao conteúdo de direito concebido, inicialmente, de forma ampla é quase obra do acaso. O legislador está obrigado a constituir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social. Normalmente, o interesse individual é assegurado pelas normas de Direito Privado; a função social é garantida por disposições de Direito Público. Esses dois complexos normativos contribuem, igualmente, para a constituição do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles.”⁶⁵

Trata-se da distinção entre as medidas de índole conformativa ou restritiva e de providências de inequívoca natureza expropriatória. As primeiras são dotadas de abstração, generalidade e impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais, as segundas tem conteúdo concreto, individual e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera de domínio privado. Ao contrário das providências de índole expropriatória, as medidas de conteúdo restritivo não legitimam qualquer pretensão indenizatória.

1.3 Restrição ao Direito de Propriedade e o Princípio da Proporcionalidade

Ainda que a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado um tratamento sistemático ao assunto, a proporcionalidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.

Convém ressaltar as indagações de Gilmar Mendes,

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o

65 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 483/484.

princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).”⁶⁶

Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social baseado no reconhecimento da propriedade privada e no princípio da função social.⁶⁷ Assim, não se deve restringir a liberdade além do estritamente necessário.

Ainda, o Tribunal da Corte Constitucional alemã sistematiza as seguintes condições que devem ser observadas:

- “a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional;
- b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;
- c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade; embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;
- d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias, evitando o surgimento de situações de difícil superação (Härtenfäilen).”⁶⁸

Nesse contexto, percebe-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade, em todos os seus aspectos, é ferramenta de controle mais eficaz do que o princípio da

66 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 487.

67 Cabe mencionar a decisão na qual a Corte Constitucional deixou assente que: "no âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, II, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética — a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade —, cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica”.

68 Ibid, 2010, p. 488.

legalidade, concluindo-se que nem todos os atos pautados na lei atendem ao interesse público.⁶⁹

Portanto, não há como negar a relevância que assume o princípio da proporcionalidade⁷⁰ no âmbito da conformação ou restrição do direito de propriedade.

1.4 Função Social da Propriedade

Na Constituição Federal, a função social da propriedade apresenta duas facetas: uma primeira, de direito fundamental, visto que se insere no rol dos direitos fundamentais, na companhia inseparável do direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII); a segunda, de princípio norteador da atividade econômica, pois esse princípio, além de trazer em si um

69 CARNEIRO, Maria Helena de Souza Marques. **Desapropriação: Interesse Público Versus Interesse Privado As Expropriações Feitas com Base na Utilidade Pública**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/mariahelenacarnei ro.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

70 Como o STF enfrentou o tema: “Esse é o típico caso que se faz necessária uma avaliação de proporcionalidade, no sentido de se investigar se houve ou não um excesso do legislativo. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição de excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma proibição do excesso na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar as decisões em sentidos opostos.[...] Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade sem sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...], há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).” (ADI-3324/04, relatada pelo Min. Gilmar Mendes).

cunho social, também apresenta repercussão econômica.⁷¹

O constituinte originário, ao inserir a função social da propriedade dentre os princípios da ordem econômica, lhe atribuiu status de “princípio jurídico fundamental”, com efeito vinculante mais intenso e concreto do que o gerado, quando da sua inserção como direito e garantia fundamental. Assim, a função social da propriedade deve sempre orientar a atividade econômica, pois tem a função de estruturar e constituir o direito de propriedade.

Esse preceito, na percepção de alguns, revela a função social enquanto limitação ao exercício da prerrogativa; para outros, ela é parte integrante da própria estrutura do direito, não havendo que se falar de tutela à propriedade que não atenda à sua função social. Contudo, a primeira leitura é a mais acertada, tendo em vista que o cumprimento da função social é essencial para que o proprietário usufrua plenamente de todas as faculdades que o direito lhe confere.⁷²

Entende-se, pois, que a função social é exigência constitucional que, se efetivada, culmina no reconhecimento de que o direito de propriedade está resguardado.

Nathália Masson ensina que o que justifica essa imposição constitucional é a releitura que se faz do direito, no qual a noção individualista de propriedade cede e dá lugar a uma concepção que não nega o direito individual, mas o ajusta aos interesses sociais.⁷³

Nesse sentido, a função social objetiva impulsionar o indivíduo a contribuir ao bem

71 RANGEL, Helano Marcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, Dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

72 MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015, p. 253.

73 Ibid, 2015, p. 253.

estar da coletividade em detrimento de sentimentos egoísticos e individuais.⁷⁴

Ainda, José Afonso da Silva afirma que a garantia do regime jurídico da propriedade,

“[...] enquanto atende a sua função social, implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdade atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas.”⁷⁵

Desse modo, a função social da propriedade, portanto, se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Cabe afirmar, contudo, que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada.⁷⁶

74 Como o STF enfrentou o tema: “[...] o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, relatada pelo Min. Celso de Mello e noticiada no Informativo 301 STF).

75 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 283/284.

76 Ibid, 2002, p. 284.

CAPÍTULO 4

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO

4.1 Conceito

De início, não se pode deixar de registrar que o fundamento de qualquer desapropriação é a finalidade pública. Jamais poder-se-á admitir uma desapropriação por interesse individual ou particular. Logo, toda desapropriação há de satisfazer interesse social e coletivo.

Para Hely Lopes Meirelles, a desapropriação é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional.⁷⁷ Ainda,

“O interesse há de ser do Poder Público ou da coletividade: quando o interesse for do Poder Público, o fundamento da desapropriação será necessidade ou utilidade

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 608.

pública; quando for da coletividade, será interesse social. Daí resulta que os bens expropriados por utilidade ou necessidade pública são destinados à Administração expropriante ou a seus delegados, ao passo que os desapropriados por interesse social normalmente se destinam a particulares que irão explorá-los segundo as exigências da coletividade, embora em atividade da iniciativa privada, ou usá-los na solução de problemas sociais de habitação, trabalho e outros mais.”⁷⁸

Nesse sentido, o fato de a desapropriação ser um procedimento de Direito Público, retrata a existência de uma sequência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvidos nas esferas administrativa e judicial.⁷⁹

Pelos ensinamentos de José Afonso da Silva, a desapropriação

“é limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (art. 5º, XXIV), que são as desapropriações sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária.”⁸⁰

Portanto, desapropriação é o ato pelo qual o Poder Público, mediante prévio procedimento e indenização justa, em razão de uma necessidade ou utilidade pública, ou ainda diante do interesse social, despoja alguém de sua propriedade e a toma para si. Assim, entendido esse conceito, podem ser objeto de desapropriação as coisas passíveis de direito de propriedade, ou seja, todo bem móvel ou imóvel, público ou privado, corpóreo ou incorpóreo.

4.2 Classificação

78 Ibid, 2007, p. 609.

79 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 852.

80 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 281.

O art. 5º da Constituição, em seu inciso XXIV, prevê que a desapropriação depende de prévia declaração do Poder Público de que o bem é de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Os ensinamentos de Gilmar Mendes são no sentido de que:

“Tem-se como pacífico na doutrina e na jurisprudência que enquanto a desapropriação efetivada como base de necessidade ou utilidade pública busca incorporar o bem particular ao patrimônio público, a desapropriação por interesse social justifica-se, ainda quando realizada com base no art. 5º, XXIV, em face de "interesse social quando 'as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização, ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público'", uma vez que "nesse caso, os bens desapropriados não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los ou utilizá-los convenientemente".⁸¹

4.2.1 Necessidade Pública

Tem-se a necessidade pública quando a Administração Pública precisa realizar, em caráter emergencial, um atividade essencial e indispensável ao Estado e, por isso, deve promover a transferência urgente de bens particulares para o domínio público.⁸²

A doutrina entende que as situações descritas no art. 5º do Decreto Lei 3.365/41, alíneas “a”, “b” e “c”⁸³ são hipóteses de necessidade pública. Assim, são casos de necessidade pública: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a criação e melhoramento de centros de população e seu abastecimento regular de meios de subsistência.

81 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 489.

82 MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015, p. 256.

83 Art. 5º Decreto Lei nº 3.365/41: “Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

4.2.2 Utilidade Pública

Na utilidade pública, a realização de uma atividade estatal não é urgente ou imprescindível, mas é conveniente para o Estado. Destarte, a desapropriação não é a única, mas sim a melhor solução existente para superar o problema. O art. 5º do Decreto Lei 3.365/41, alíneas “a”, “b” e “c” enuncia as hipóteses que autorizam essa modalidade de restrição.⁸⁴

São casos de utilidade pública, entre outros: assistência pública, obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; exploração ou conservação de serviços públicos; abertura ou conservação de vias ou logradouros públicos; execução de planos de urbanização; loteamento de terrenos, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; construção ou ampliação de distritos industriais; funcionamento dos meios de transporte coletivo; preservação e conservação de monumentos históricos e artísticos, de arquivos e documentos; proteção de paisagens; construção de edifícios públicos, monumentos, cemitérios, estádios etc.

4.2.3 Interesse Social

O interesse social, por sua vez, objetiva promover justa distribuição da propriedade para que esta seja bem aproveitada, em benefício da coletividade ou de segmentos sociais que mereçam amparo especial por parte do Estado. Essa modalidade tem caráter sancionatório, destinando-se aos proprietários de imóveis que descumpram a função social constitucionalmente exigida.⁸⁵

São casos de interesse social: construção de casas populares; aproveitamento de bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deva ou possa suprir por seu destino econômico; proteção do solo e preservação de cursos e de mananciais de água e de reservas florestais.

⁸⁴ Ibid, 2015, p. 256.

⁸⁵ MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015, p. 256.

CAPÍTULO 5

5 PROPRIEDADE E MORADIA *VERSUS* DESAPROPRIAÇÃO

No âmbito da pretensa dicotomia entre direito público e privado, pertinente é o estudo do direito à propriedade e moradia

Desde a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi incorporado ao rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, mais especificamente no artigo 6^o⁸⁶, e

86 Art. 6º, CRFB/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

se estende a todo e qualquer cidadão brasileiro. Uma vez positivado e reconhecido, cabe ao Estado a proteção e implementação do direito à moradia, por meio de leis e políticas públicas. Ademais, elencado como um direito social e estando caracterizado como direito fundamental, o direito à moradia goza de aplicação imediata.

Além de o direito de moradia ser reconhecido como um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, ele também está atrelado a um rol de normas constitucionais, de modo que se observa que o direito de moradia abrange uma considerável dimensão de proteção constitucional⁸⁷.

Portanto, o direito de moradia acaba assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade, atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse, direcionando o Poder Público na sua atividade de implementação⁸⁸.

Ademais, insta dizer que a Relatoria Especial da ONU – Organização das Nações Unidas – publicou o guia de “Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?”, no qual o Comitê de Direitos Econômicos define remoções forçadas como a “retirada definitiva ou temporária de indivíduos, famílias e/ou comunidades, contra a sua

87 “Entre as normas constitucionais, destacam-se: Art. 1º, III: fundamento do Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana; Art. 3º, III: erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais; Art. 5º, X e XI: direitos de inviolabilidade da intimidade e do domicílio; Art. 5º, XXII e XXIII: direito de propriedade e garantia da função social da propriedade; Art. 5º, XXVI: impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, dispendo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; Art. 6º caput: direito de moradia como garantia ao mínimo existencial; Art. 23, IX e X: competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; Art. 182: função social da propriedade urbana e o dever do Poder Público Municipal de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”. FACCHINI, Niccole Mazzoleni. **O Direito à Moradia x O Direito de Propriedade**. Conteúdo Jurídico, Rio Grande do Sul, 10 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-moradia-x-o-direito-de-propriedade,50122.html>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

88 FACCHINI, Niccole Mazzoleni. **O Direito à Moradia x O Direito de Propriedade**. Conteúdo Jurídico, Rio Grande do Sul, 10 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-moradia-x-o-direito-de-propriedade,50122.html>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

vontade, das casas e/ou da terra que ocupam, sem que estejam disponíveis ou acessíveis formas adequadas de proteção de seus direitos”.⁸⁹

O guia também aponta que a proteção ao indivíduo deve ser estendida aos que não possuem propriedade regular, entendendo que o direito à moradia vai além do legalismo jurídico, sendo inerente à dignidade de todo ser humano, encontrando ressonância no artigo 6º da Constituição Federal, que elenca a moradia como um dos direitos sociais fundamentais. Não importa a forma legal da residência – as pessoas devem receber proteção mesmo se não tiverem título ou documentação formal relacionados à sua casa ou terra. Remoções e despejos forçados devem ocorrer apenas em “circunstâncias excepcionais”, ou seja, em casos absolutamente necessários que envolvam proteção da saúde e do bem-estar coletivos, e quando não há alternativas viáveis.⁹⁰

Por sua vez, o art. 5º, XXII⁹¹ da Carta Magna garante o direito de propriedade, de modo que ela atenderá a sua função social. O direito à propriedade privada encontra-se sujeito à restrições estatais, admitindo-se, por vezes, a intervenção do Estado e a limitação do direito.

A Constituição de 1988 catalogou o direito à propriedade como fundamental, não podendo sequer ser restringido por emendas constitucionais, tal como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança.

O direito de propriedade é o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem, e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo. Contudo, o direito de propriedade não é um direito absoluto, ele contém algumas

89 CARNEIRO, Maria Helena de Souza Marques. **Desapropriação: Interesse Público Versus Interesse Privado As Expropriações Feitas com Base na Utilidade Pública**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/mariahelenacarneiro.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

90 Ibid, 2016.

91 Art. 5º, XXII, CRFB/88: “É garantido o direito de propriedade”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

limitações, principalmente no que tange à função social da propriedade, que tem no seu cerne a utilização da propriedade com o devido respeito aos interesses sociais.

Assim sendo, a Constituição Federal garante ao particular o direito de usufruir de sua propriedade urbana, porém, em contrapartida, dá ao Poder Público o poder de utilizá-la para fins sociais, ou seja, estabelece ao proprietário um direito condicionado às exigências sociais.

Com efeito, a desapropriação também tem amparo constitucional, mais especificamente no art. 5º, XXIV⁹², em casos de necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos nela previsto.

As desapropriações imobiliárias implementadas pela Administração Pública ocasionam transtornos aos expropriados no que tange ao recebimento da indenização, visto que, por vezes, não se observa o princípio constitucional da justa e prévia indenização. Salvo os casos de descumprimento da função social da propriedade, as desapropriações, conforme prevê a Constituição Federal, devem ser processadas obedecendo à regra do artigo 5º, XXIV, por envolverem um dos bens maiores do cidadão, qual seja a sua moradia⁹³.

Cabe mencionar que a fundamentação legal da desapropriação está contida no Decreto Lei nº 3.365/41 e na Lei nº 4.132/62 que tratam, respectivamente, de desapropriação por utilidade pública e por interesse social. Nota-se que ambas legislações são anteriores à Constituição Federal, que acabou introduzindo uma nova ordem

92 Art. 5º, XXIV, CRFB/88: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de outubro 2016.

93 SOARES, Leandro Guimarães. **Inconstitucionalidade no Pagamento da Indenização por Desapropriação**. Jus Brasil, Minas Gerais, Dezembro de 2016. Disponível em: <<http://leandroguimaraessoares.jusbrasil.com.br/artigos/123277938/inconstitucionalidade-no-pagamento-da-indenizacao-por-desapropriacao>>. Acesso em 01 de novembro de 2016

urbanística, em que se destacam o princípio da função social da propriedade e o planejamento urbano⁹⁴.

A efetividade do regime expropriatório é um assunto que muito se discute, ainda mais se levarmos em consideração os direitos fundamentais abarcados dentro da desapropriação: propriedade e moradia, direitos esses garantidos na Constituição Federal, mas que por vezes é relativizado diante do interesse do Estado em expropriar o bem móvel ou imóvel em casos de necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social.

Nesse contexto, a moradia, a propriedade e a desapropriação são direitos e garantias fundamentais e direitos sociais presentes na Constituição de 1988, de modo que se observa uma centralização do ordenamento jurídico brasileiro com relação a esses institutos.

O direito de propriedade e de moradia face ao regime expropriatório encontram uma relação conflituosa, na medida em que a proteção do instituto da desapropriação pode implicar, na maioria dos casos, a vulnerabilidade do direito de propriedade e de moradia.

A despeito de o texto constitucional atribuir ao instituto da desapropriação a condição de garantia fundamental ao direito de propriedade, essa afirmação não é consensual, tendo em vista que esse regime viola e toma o bem do proprietário.

Nesse sentido, ainda que os direitos de propriedade e moradia coadunem-se em normas constitucionais, o que se verifica, por vezes, é que há uma mitigação desses direitos em face dos atos de desapropriação. Inúmeros processos em tramitação junto ao Poder Judiciário exemplificam que rotineiramente não há acordos em processo do regime expropriatório.

Assim, é cristalino afirmar que o direito à moradia e propriedade dentro do regime expropriatório tem sido violado em inúmeros casos de remoção, considerando que a falta de

94 SANTOS, Cacilda Lopes. **Novas Perspectivas do Instrumento de Desapropriação: a Incorporação de Princípios Urbanísticos e Ambientais**. Teses e Dissertações – Biblioteca Digital da USP, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16132/tde-25032010-153350/pt-br.php>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

transparência e diálogo do Poder Público acabam afetando os cidadãos acometidos pela desapropriação.

Insta frisar que o valor da indenização da desapropriação deve ser justo, tendo em vista que o regime expropriatório conflita com os direitos constitucionais de moradia e propriedade.

A justeza da indenização, portanto, decorrerá do consentimento do proprietário quanto ao valor ofertado pelo ente expropriante ou, em caso de discordância com o valor ofertado, assentar-se-á no provimento jurisdicional que fixa o valor indenizatório, o qual deverá estar fundamentado no conjunto de provas e argumentos levados ao conhecimento do juízo, em estrita observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa⁹⁵.

Contudo, não é o que ocorre, visto que o valor da indenização, normalmente, é insuficiente para custear uma nova moradia e o cidadão acaba sendo alocado para uma situação de moradia pior que a anterior.

Assim, apesar de todas as normas de proteção à dignidade humana, que atrela-se diretamente ao direito de propriedade e moradia, constata-se a não efetivação da proteção assegurada, que se prolonga indefinidamente. Notório, afirmar, portanto, que o direito de propriedade e moradia vem sofrendo uma série de restrições.

CAPÍTULO 6

95 MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Desapropriações e a Justa Indenização: Questões Controvertidas Acerca da Mensuração da Indenização no Processo Expropriatório**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48016f549dbc03c0>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

6.1 Apelação cível nº 69.099 do Tribunal de Justiça de São Paulo

Cabe mencionar, por oportuno, a apelação cível nº 69.099 do Tribunal de Justiça de São Paulo e que figuram nos polos a Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* Espólio do Dr. João Augusto de Assunção e outro, tendo como relator o Desembargador Samuel Francisco Mourão.

Sobre o acórdão, menciona-se o fato de que a desapropriação visando um interesse particular, o de agremiação esportiva, não pode subsistir, isso por lhe faltar o requisito constitucional de utilidade pública.

ACÓRDÃO – Apelação nº 69.099 – Tribunal de Justiça de São Paulo.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n' 69.099, da comarca de São Paulo, em que são apelantes o Juízo ex officio e a Prefeitura Municipal de São Paulo e apelados o espólio do Dr. João Augusto de Assunção e outro: Acordam, em sessão da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls., como parte integrante deste, negar provimento aos recursos, por votação unânime. Está certa a decisão inferior, vazada em brilhante e longa fundamentação. Evidenciam os autos que, na espécie, inexistia, efetivamente, utilidade pública na expropriação visada pelo diploma impugnado. O que se quis, com sua promulgação, foi beneficiar-se uma entidade esportiva particular que se via a braços com uma ação de despejo, tanto que, singularmente, no art. 2º da lei, estabeleceu-se um estranho comodato, pelo longo prazo de 10 anos, com a concessão ali feita a dito clube de continuar no imóvel, tal como se encontrava e na situação em que o vinha ocupando. Estas circunstâncias, sem dúvida eloquentes, são bastantes para evidenciar a inexistência da proclamada utilidade pública. Nítido e indiscutível interesse particular que a própria Prefeitura veio, afinal, a confessar, ao propor ao legislativo a revogação da medida. Ilegal, portanto, o ato impugnado, por enfrentar os dispositivos do Decreto Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, o qual, em consonância com a Constituição federal, só cogita de desapropriação por utilidade pública, enumerando, em seu art. 59, o que, como tal, deve ser considerado. Desnecessário, em consequência, considerar-se a espécie sob o prisma da inconstitucionalidade do ato municipal em apreço, dada a sua manifesta ilegalidade. E tratando-se de ato com tal vício evidente, é de rigor a condenação em honorários de advogado decidida pelo juiz acertadamente e que a Prefeitura, como único objetivo de seu recurso, procura, sem razão, ver cancelada. Confirmou-se desse modo, a sentença, por seus fundamentos e nos termos expostos. Custas pela vencida. São Paulo, 15 de outubro de 1954. Fernandes Martins, Presidente; Samuel Francisco Mourão, Relator; Tácito M. de Góis Nobre

- Vicente Sabino Júnior.”⁹⁶

Ainda, destaca-se a sentença proferida:

"Omissis...

Preliminarmente, cumpre notar que a declaração de utilidade pública, simples ato administrativo, não condiz com o conceito de lei como disposição de caráter geral. Lei é uma regra de direito, uma norma destinada a reger um número indeterminado de casos. Assim o diz Planiol, com a sua grande autoridade: "A lei é criada, com permanência, para um número indeterminado de atos ou de fatos. Toda a decisão da autoridade pública que não deva ser executada senão uma vez, não é lei, é um rito de administração" (*Traité Élémentaire*, 1/64). Idênticos conceitos esposam Capitant (*Introduction à l'Étude du Droit Civil*, pág. 34) e Georges Ripert et Boulanger, ao atualizarem a obra de Planiol (vol. 1", n' 188, pág. 91).

Em direito público, igualmente, prevalece a mesma noção como bem se vê às obras de Duguit (*Droit Constitutionnel*, vol. 29 § 16, págs. 166 e 167), Sabbatini (*Espropriazioni per pubblicutilità*, vol. 1', pág. 249, 3' ed) e Pasquale Carugno (*Espropriazione per pubblicutilità*, pág. 77, 2' ed.), entre muitos outros. Portanto, em todas as legislações dos povos cultos interpreta-se a desapropriação com o caráter administrativo e por isso só se considera garantia constitucional o pagamento da indenização em forma legal. Entre nós, não é diverso o entendimento. Pontes de Miranda, ao comentar o preceito do § 16, do art. 141 da Constituição federal de 1946, assim define a desapropriação: "ato de direito público, mediante o qual o Estado transfere direito ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo, ou de outrem, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue. Por isso a desapropriação não é modo de adquirir, mas de perder a propriedade" (*Comentários à Constituição de 1946*, 2 ed .vol. 49, ed. Max Limonad, págs. 216 e 217).

Mas a despeito da desapropriação exigir o sacrifício da propriedade privada, ela não pode tirar ao titular do direito de propriedade o que não é necessário ou mais do que é necessário à finalidade estatal ou social, adverte Pontes de Miranda. Por isso, não há desapropriação sem decreto que fixe os seus limites, a fim de se aquilatar da necessidade ou utilidade pública, ditadas pelo interesse social. Eis por que o ato de declaração de necessidade ou utilidade pública deve se conformar com os preceitos do art. 141, § 16 da Constituição de 1946 e demais leis em vigor, que rejam a desapropriação. Nem poderia deixar de ser assim, pois a declaração de utilidade pública, como bem o observa Seabra Fagundes, não passa de uma operação de caráter puramente administrativo, que implica no reconhecimento, por parte da autoridade executiva, da imprescindibilidade ou conveniência de incorporar no patrimônio público determinado direito individual e é sempre precedida duma série de medidas (planos, inquéritos, estudos, plantas, etc.) (autor citado, *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, n" 42, págs. 61/62).

Daí os importantíssimos efeitos que decorrem da declaração de utilidade pública, apontados pela própria lei de desapropriações (decreto-lei n. 3.365, de 1941), nos seus arts. 7., 10, 26 e parágrafo único, a que alude Seabra Fagundes (op. cit., ns. 46 e 46-E). Por essa razão, para que o direito de propriedade não sofresse maiores restrições, estabeleceu o art. 59 da lei das desapropriações, os casos em que se considera haver utilidade pública indispensável à expropriação, a fim de refrear o

96 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n° 69.099. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/15786/14644>>. Acesso em 30 de novembro de 2016.

arbítrio da Administração pública. Nessas condições, conferiu a lei das desapropriações, no seu art. 20, ação direta ao interessado, para o exame do ato declaratório da utilidade pública, como ato administrativo vicioso, já que no processo expropriatório não se pode apreciar tal questão, pela celeridade que lhe é inerente.

A propósito, Seabra Fagundes é de uma clareza e precisão notáveis: "A declaração de utilidade pública, ato administrativo que é, pode ser ata cada, como quaisquer outros desses atos, por vícios concernentes à manifestação da vontade, ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma" (op cit., n.º 292, pág. 269). Ora, na espécie dos autos, a lei nº 3.806, de 24 de novembro de 1949, que declarou de utilidade pública um terreno dos autores, situado no bairro da Penha, para nele ser construída uma praça de esportes, segundo se vê de seu art. 19, estabeleceu, em seu art. 29, singular autorização ao executivo municipal para ceder, gratuitamente, pelo prazo de 10 anos, ao Clube Atlético Penhense, o uso e gozo do mencionado terreno, desde que não desvirtuasse a sua finalidade esportiva.

Por aí se percebe que a finalidade da lei em apreço visava o interesse privado de um clube esportivo, mesmo porque a promulgação dessa lei foi quando o clube que se pretendia aquinhoar com aquele comodato, respondia então a uma ação de despejo promovida pelos proprietários do imóvel, como bem se apura pelo documento de fls. Acresce ainda que já na discussão do projeto 206/49, que se converteu na lei nº 3.806, de 24 de novembro de 1949, ficou desmascarada a intenção patente do legislador municipal de se utilizar dos meios expropriatórios para beneficiar o Clube Atlético Penhense, com fito político.

É o que se evidencia dos discursos então proferidos pelos vereadores Camilo Aschar e Jânio Quadros, publicados no Diário Oficial do Estado, de 23 de outubro de 1949, e constantes da publicação junta a fls. É ainda o que se vê da justificação do projeto de lei 66/52, apresentada pelo vereador Antenor Betarelo para a revogação pura e simples da lei municipal nº 3.806, de 24 de novembro de 1949, como se observa de fls., destes autos. Assim também o reconheceu a própria Municipalidade de São Paulo, ao início desta ação, ao pedir a suspensão da instância, para o fim de remeter à Câmara Municipal de São Paulo, projeto de lei em que se propunha a revogação da lei nº 3.806, de 1949, declarando expressamente as fls., "não haver mais interesse público na manutenção da referida lei, de 24 de novembro de 1949".

Como atribuir-se, pois, que a ré, posteriormente, numa flagrante contradição com a sua atitude anterior, venha a contestar a ação e negar o propósito político indissimulável que levou a Câmara à promulgação da lei nº 3.806, de 1949. Eis aí por que até agora não foi aprovado o projeto de lei nº 346/53, que revoga a lei nº 3.806, o que faz presumir, sem dúvida, novos interesses políticos e particulares de certos vereadores, máxime nesta época de proximidade de eleições, ainda que isso importe numa injusta restrição ao direito de propriedade dos autores, além de sua manifesta ilegalidade.

Portanto, caracterizado o interesse político de que se revestiu a lei nº 3.806, de 1949, e verificado que o ato declaratório de utilidade pública do terreno dos autores não visou ao interesse público; através de algum melhoramento de interesse geral, forçoso é convir pela nulidade da declaração de utilidade pública contida na lei nº 3.806.

Não se cuida aqui de examinar o mérito do ato administrativo declaratório de utilidade pública, mas de apreciar a sua legalidade, frente ao preceito constitucional do § 16, do art. 141 da Constituição federal. Assim se fazendo, não se pode deixar de recordar a magnífica lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual, "não se desapropria coisa alguma em benefício de indivíduos, de uma classe, ou de sociedades particulares, ainda que, direta ou indiretamente, sejam úteis à coletividade: de fato, a propriedade sairia do poder de um cidadão para entrar no domínio, uso e gozo, não do Estado. O desfrute do bem particular há de passar para o público em geral ou para repartições ou serviços públicos.

Não se consideram serviços públicos, a natação, o remar, a corrida de cavalos em plano ou por sobre obstáculos, o tiro ao alvo, enfim desportos em geral, embora tenham certa utilidade para o país" (autor citado, Comentários à Constituição Federal de 1946, vol. IH, n.º 539, pág. 105). Assim se justifica ainda, porque o decreto Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que rege as expropriações, especificou em seu art. 5.º, os casos de utilidade pública e neles não se encontra a hipótese de desapropriação em favor de clubes esportivos ou associações de direito privado, porque elas não representam a coletividade. E a lei n.º 3.806, de 1949, que tal permitiu, colide flagrantemente com o princípio constitucional consagra-- ao no § 16 do art. 141 da Carta de 1946, uma vez que a utilidade pública não pode ser entendida em favor de um grupo social, mas tão somente da coletividade em geral. Além disso o art. 2.º da lei n.º 3.806, de 1949, instituiu um comodato em favor do Clube Atlético Penhense, caso este para o qual a Lei Orgânica dos Municípios exige a aprovação por dois terços dos vereadores presentes, como bem se vê do art. 38, § 2.º, ns. I e H da citada lei, consoante se observa dos autos. Essa, mais uma causa da nulidade da referida lei n.º 3.806, de 1949.

Nem se diga que o Judiciário, neste caso, não pode proclamar a nulidade de tal lei, visto que, em tese, o Judiciário não pode reconhecê-la. Conquanto o princípio seja verdadeiro, não se trata de anular um ato administrativo, que reveste a forma de lei, pelos vícios viscerais que o inquinam, entre os quais sobressai o da sua inconstitucionalidade manifesta. O que objetivam os autores é, em face de caso concreto, positivo e palpável, o reconhecimento da invalidade de uma lei que só afetou a sua propriedade e não a de outros proprietários. Por isso, a ação se enquadra precisamente no disposto no art. 20 do Decreto Lei n.º 3.365, de 1941, onde se prevê o exame dos vícios do ato declaratório de utilidade pública como causas determinantes de sua nulidade.

Portanto, o que ora se faz é o que preconiza Seabra Fagundes com a sua grande autoridade de maior especialista da matéria entre nós: "O juiz, abstendo-se de examinar a existência da utilidade pública, não abre mão do dever de pronunciar a inconstitucionalidade de ato contrário à Lei Suprema" (Da Desapropriação no Direito Brasileiro, n.º 170, pág. 167). Daí não ser defeso ao juiz, nesta causa, apreciar a legalidade do ato declaratório de utilidade pública atacado pelos autores. Tanto mais que, a desapropriação do terreno dos autores não se operou e nem vai se operar, como se vê do projeto de lei remetido pelo Sr. Prefeito Municipal à Câmara Municipal, para o fim de se revogar a lei n.º 3.806, de 1949. Esse controle judicial da legitimidade do ato declaratório de utilidade pública é defendido pelas maiores autoridades na matéria (Bielsa, Derecho Administrativo, vol. UI, n.º 679, pág. 439; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, vol. IU, pág. 266; e Carlos Maximiliano, Comentários à Constituição Federal, vol. IU, pág. 105). Assim também já entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal (Rev. : (IJ Direito Administrativo, 27/193 e 34/ 286) e o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Rev. de Direito Administrativo, 30/285), reconhecendo a nulidade de ato de desapropriação quando não visa o interesse público, mas o de determinada entidade privada.

Nessas condições, a nossa mais alta jurisprudência vem prestigiando a lição de Seabra Fagundes, no sentido de que "se a desapropriação, por exemplo, tiver sido decretada em favor de pessoa privada e para uso particular (porque pessoa privada pode receber coisa expropriada para utilizá-la no interesse coletivo, como sucede às empresas concessionárias de serviço público), haverá ausência absoluta de enquadramento do ato em qualquer dos casos legais, todos pressupondo a utilidade pública" (Da Desapropriação no Direito Brasileiro n.º 172, pág. 168).

Pelo exposto, provado que a Municipalidade de São Paulo, jamais pretendeu construir estádio esportivo no bairro da Penha, como não o fez em outros bairros mais importantes, e atendendo-se a que a lei n.º 3.806, não visou o interesse público, mas o particular de uma determinada sociedade esportiva, para seu uso

exclusivo e não em benefício da coletividade, forçoso é reconhecer a nulidade do ato declaratório de utilidade pública que se contém na referida lei.

Assim se justifica, ainda, pelos evidentes prejuízos que a referida lei vem acarretando ao patrimônio dos autores, como bem estes o salientam nos autos, o que constitui a negação do seu direito de propriedade, enfraquecido por aquele ato administrativo, pelas repercussões dele iminentes. Pelas razões expostas e o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação, para declarar a nulidade do ato declaratório de utilidade pública que encerra a lei nº 3.806, de 1949, condenando a ré ao pagamento das custas do processo e aos honorários advocatícios dos autores, por se tratar de ato ilícito e ilegal, contrário substancialmente ao preceito constitucional do § 16, do art. 141 da Carta Magna de 1946. Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, na forma legal.” São Paulo, 14 de maio de 1954 – J. C. Ferreira de Oliveira.⁹⁷

Portanto, ainda que o referido acórdão e a referida sentença sejam anteriores à Constituição de 1988, é cristalino afirmar que o processo de desapropriação tem passado há anos por inúmeros casos em que há prejuízo ao indivíduo uma vez que nem sempre existe interesse público no regime expropriatório.

Vale afirmar, ainda, que a desapropriação exige o sacrifício da propriedade privada, tirando do titular do direito de propriedade e entregando à uma finalidade estatal ou social. Ademais, nos regimes de desapropriação há clara evidência de interesses políticos e particulares em detrimento ao direito de propriedade dos indivíduos, além de manifesta ilegalidade.

Cabe destaque uma passagem da sentença anteriormente proferida quando o magistrado afirma que “não se desapropria coisa alguma em benefício de indivíduos, de uma classe, ou de sociedades particulares, ainda que, direta ou indiretamente, seja úteis à coletividade: de fato, a propriedade sairia do poder de um cidadão para entrar no domínio, uso e gozo, não do Estado. O desfrute do bem particular há de passar para o público em geral ou para repartições ou serviços públicos. Não se consideram serviços públicos a natação, o remar, a corrida de cavalos em plano ou por sobre obstáculos, o tiro ao alvo, enfim, desportos em geral, embora tenham certa utilidade no país”.

97 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 69.099. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/15786/14644>>. Acesso em 30 de novembro de 2016.

6.2 Caso Vila Autódromo

Sobre o tema, a cidade do Rio de Janeiro passou por recentes processos de desapropriação para organização das Olimpíadas.

O decreto, publicado pelo prefeito Eduardo Paes no dia 19 de março de 2015, transformou a Vila Autódromo, na Zona Oeste do Rio, em área de utilidade pública para fins de desapropriação.

A Vila Autódromo simboliza um legado de remoções deixado pelas organizações e inúmeras famílias foram removidas, e indenizadas⁹⁸, de suas casas pela Prefeitura devido a intervenções urbanas ou sob o argumento de que moram em regiões de risco. As principais remoções ocorreram no entorno do Engenheiro, do Maracanã, do Parque Olímpico, dos novos corredores viários (BRT's) e na Zona Portuária.

Oportuno mencionar que a Vila Autódromo é uma Área Especial de Interesse Social (AEIS) desde 2005, segundo o Plano Diretor da cidade. Em 1997, 104 lotes recebem a titulação por parte do governo do estado e, posteriormente, em 1998 as famílias que residiam na faixa marginal da lagoa receberam Concessão Real de Uso por 99 anos⁹⁹.

A justificativa para a remoção definitiva dos moradores dessa região foi, sobretudo, com o avanço das obras do Parque Olímpico, que invadiu de forma violenta a área da Vila Autódromo.

98 A desapropriação começou no início de 2014. Das cerca de 600 famílias, algo em torno de 2,5 mil moradores, cerca de 230 aceitaram a troca dos terrenos e das casas por um apartamento do projeto Minha Casa, Minha Vida no Parque Carioca, na Estrada dos Bandeirantes, Zona Oeste do Rio. Outra parte aceitou indenizações.

99 Resta claro que existem termos de concessão de uso e direito real de uso outorgados aos moradores da Vila Autódromo, e que esta comunidade, no local onde se encontra, atrapalha os interesses das incorporadoras e da própria municipalidade, quando esta passa a gerenciar, como é o caso, interesse meramente privado em flagrante prejuízo ao interesse social. Disponível em: <<http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/parecerdoMPrecursosdeapelaco1.pdf>>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

Vale ressaltar que a Vila Autódromo, por ser uma Área Especial de Interesse Social, delimitada pelo Plano Diretor do município do Rio de Janeiro, deve cumprir apenas essa função, qual seja: o de moradia de interesse social. Portanto, qualquer interferência na área somente poderia acontecer no sentido de garantir a permanência e o direito à moradia da comunidade. Assim, a duplicação das avenidas no entorno da Vila Autódromo, assim como a canalização do rio e abertura de acesso para o Parque Olímpico, não deveria ser motivação para mudança do uso e ocupação do solo.

Como mencionado, os moradores da Vila Autódromo possuem concessão de uso dos imóveis e a desapropriação realizada pela prefeitura é ilegal. Soma-se o fato de que o processo do regime expropriatório foi realizado sem transparência e as ações de remoção das famílias se deram de forma extremamente precária.

Insta dizer que as remoções feitas pela Prefeitura resultaram na marginalização dos moradores, que tiveram seu direito básico à moradia digna relativizado frente à construção do Parque Olímpico. Além de serem feitas por meio de procedimentos estranhos à determinação legal, as desapropriações, da maneira como executadas, violaram princípios, direitos e garantias legais dos cidadãos. É possível falar em desrespeito ao direito à cidade, à propriedade, à moradia digna, à segurança jurídica, ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. As indenizações, quando pagas, demonstram desequilíbrios notórios e os reassentamentos, são feitos sempre para áreas marginalizadas, distante da região urbanizada, onde a atenção estatal é mais fraca.¹⁰⁰

O Decreto Municipal de desapropriação da região da Vila Autódromo, editado unilateralmente pelo atual prefeito Eduardo Paes, e usado como fundamento para a remoção de inúmeras famílias, foi contestado na Justiça por diversas ações por parlamentares da Câmara Municipal, além de violar o direito fundamental à moradia, direito garantido pela Constituição, como exaustivamente exposto anteriormente.

100 DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asces.edu.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

Em parecer emitido pelo Ministério Público do Rio de Janeiro sobre recursos de apelação interpostos contra a sentença da ação civil pública ajuizada pelo município do Rio de Janeiro em face dos ocupantes da área denominada Vila Autódromo e do estado do Rio, houve o posicionamento no sentido de que deve ser observado o direito devidamente regularizado dos moradores da área quanto à propriedade de seus imóveis, parece que quedando os argumentos que contrariavam a legitimidade da referida propriedade e demonstrando que as desapropriações iam contra, também, Lei Orgânica do município:¹⁰¹

“[...] Neste sentir, o direito à moradia encontra pouso nesta Procuradoria de Justiça, tanto quanto encontra o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme citei, o caso concreto reclama uma análise detida e ponderada. Os apelantes, conforme demonstrado, possuem a posse legítima dos bens que ora busca-se demolir. Segundo citado diversas vezes nos presentes autos, a comunidade denominada Vila Autódromo encontra-se assentada às beiras da Lagoa de Jacarepaguá desde os anos 1960/1970, há cerca de 50 anos pelo menos. [...] A concordância da Administração Pública para a permanência dos possuidores da comunidade Vila Autódromo, inclusive daqueles localizados entre o espelho d’água e o muro do autódromo (faixa marginal de proteção), foi expressa. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Contrário ao fundamento esposado pela i. Magistrada a quo, incidem à hipótese o direito adquirido à moradia, o ato jurídico perfeito e o princípio da segurança jurídica. [...] A municipalidade por sua vez, com evidente pretensão arrecadatória, efetuou o lançamento e a cobrança dos IPTU’s da grande maioria das residências da comunidade Vila Autódromo, residências estas que a própria Administração sustenta estarem irregulares. A inscrição dos imóveis objetos da lide e o lançamento de IPTU sobre os mesmos pela Prefeitura, a princípio, legítima as alegadas construções irregulares; a propositura da presente ação civil pública, sustentando dano ambiental gerado pelos moradores da comunidade, revela, assim, claro venire contra factum proprium. Por todos os fundamentos expostos, não creio ser possível remover as residências dos apelantes em vista dos fatos concretos apresentados. Em que pese a supremacia do interesse público e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, inegável que as residências merecem tutela de igual sorte, por não verificados quaisquer vícios a obstarem a prevalência do direito adquirido à moradia, principalmente após a regularização da posse pelo Estado do Rio de Janeiro conforme demonstrado. Mesmo que assim não fosse, pela análise do caso concreto, o direito à moradia, com assento constitucional, precisa ser respeitado. [...] A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro também reconhece o direito à moradia como direito essencial e prescreve que a moradia digna para todos é objetivo da municipalidade, verbis: “Art. 422 - A política urbana, formulada e administrada no âmbito do processo de planejamento e em consonância com as demais políticas municipais, implementará o pleno atendimento das funções sociais da

101 DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

Cidade. § 1º - As funções sociais da Cidade compreendem o direito da população a moradia, transporte público, saneamento básico, água potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural.” [...] A remoção forçada dos munícipes residentes na Vila Autódromo promovida a toque de caixa pelo Município, contraria frontalmente a Lei Orgânica, que, como se sabe, corresponde filosoficamente a uma Constituição Municipal. [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA CÍVEL E. QUARTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO N. 0081973-19.1993.8.19.0001 Apelante 1: Marcus Azevedo Motta Apelante 2: Márcia Lemos De Sá Apelado: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO Relator: DESEMBARGADOR MARCO ANTÔNIO IBRAHIM).”¹⁰²

Assim, a situação excepcional causada pelos Jogos Olímpicos parece estar embasando medidas também excepcionais, concessão de benefícios, inobservância à procedimentos legais, além de mudança de posicionamento do Poder Público.

Os direitos sociais possuem importância funcional na medida em que efetivam a igualdade social, a igualdade niveladora expressa por situações humanas concretas e não especulativas.

Neste sentir, “os direitos individuais funcionam, principalmente, como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”.¹⁰³

Continua o consagrado professor à fl. 294:

“Fazem eles (os princípios) a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.”¹⁰⁴

102 DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

103 DE MELO, Celso Antônio Bandeira; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 97.

104 Ibid, 2009, p. 97.

O que incontestavelmente observa-se na política urbana é o descaso. Tomando por justificativa a promoção do interesse público, o governo do Rio de Janeiro demonstrou-se amplamente voltado ao alcance de metas e resultados para a realização dos Jogos Olímpicos.

Fica demonstrado, portanto, o descumprimento do rito legal, com supressão dos direitos fundamentais - moradia e propriedade - dos moradores expropriados. Os casos de expropriação ocorridos na Vila Autódromo deixam claro o desrespeito e as inúmeras irregularidades e ilegalidades que circundam as desapropriações.

Tem-se, portanto, que nas desapropriações dos imóveis localizados na Vila Autódromo, acabaram por não cumprir sua finalidade, qual seja, garantir a realização do interesse público quanto à sua supremacia, atentando para o mais benéfico à sociedade. Em vez disso, apresenta-se atualmente um quadro de violações de normas legais, em que, a incerteza da realização do direito predomina sobre as garantias constitucionais.¹⁰⁵

Mister se faz ressaltar que o regime expropriatório nesse caso atinente ficou ineficaz quanto a sua real utilização. Priorizou-se o interesse de empresários e grupos de empresas, bem como o lucro a ser obtido, tendo como justificativa e pano de fundo o interesse público.

105 DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou demonstrar a mitigação dos direitos de propriedade e moradia em face da desapropriação. Para isso, foi analisado cada instituto, positivados na Constituição Federal, com o fito de promover e confirmar o processo descontrolado, injusto e, por vezes, ilegal, que é o regime expropriatório.

O tema foi escolhido por sua atualidade e relevância jurídica e social. Partiu-se da intenção de estudar uma das formas da intervenção estatal na esfera privada, seus limites e hipóteses, de acordo com doutrina e legislações atinentes.

Feitos os comentários dos direitos inerentes aos cidadãos, garantidos constitucionalmente, abordando também a relativização dos direitos dos particulares frente à supremacia do interesse público e da Administração Pública, observa-se que essa atual conjuntura de remoções dos moradores revela-se extremamente grave e danosa, caracterizando uma relativização dos direitos de propriedade e moradia diante do interesse do Poder Público em expropriar o bem imóvel.

Conforme exposto, restou claro as causas e consequências do confronto do direito do particular à propriedade privada com a realização de desapropriações de imóveis baseadas na supremacia do interesse público sobre o privado. O direito à propriedade e à moradia é prerrogativa fundamental que compõe a dignidade da pessoa humana, junto com os demais direitos fundamentais.

Assim, foi objeto de questionamento até que ponto, realmente, age-se em nome do interesse público e até onde o sacrifício do direito privado é legalmente aceitável. Nesse sentido e com as digressões realizadas, observa-se que não há proporcionalidade entre os direitos de propriedade e moradia em face dos atos de desapropriação, uma vez que

inúmeros processos em tramitação junto ao Poder Judiciário exemplificam que rotineiramente não há acordos em processo do regime expropriatório.

É bem verdade que o direito à propriedade e moradia são violados em inúmeros casos de remoção dentro do regime expropriatório, ainda mais considerando a falta de diálogo e transparência por parte do Poder Público, como é o caso recente da Vila Autódromo, na cidade do Rio de Janeiro. As remoções da Vila Autódromo deixam claro o desrespeito e as inúmeras irregularidades e ilegalidades que circundam as desapropriações. O instrumento legal da desapropriação foi usado de forma inadequada e a má utilização desta prerrogativa causou sérios danos aos cidadãos, além de ferir-lhes direitos e garantias.

Convém ressaltar que o processo do regime expropriatório, dito em nome do interesse público, demonstra-se formas de satisfação de interesses privados, de detentores de capital, grupos de empresas que veem na realização de grandes eventos, como demonstrado no caso da Vila Autódromo, oportunidade de auferir lucro.

Dessa maneira, por fim, conclui-se que o procedimento do regime expropriatório é resguardado na legislação como pretexto de soluções rápidas em favor do expropriante, que, em tese, está a defender o interesse da coletividade. Contudo, ao cidadão proprietário não sobram muitos meios para defender-se contra o Poder Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Rosa Eugênio. **Revista da SJRJ - Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Nº 25. Rio de Janeiro: JFRJ, 2009.

AZEVEDO, Delina Santos. **A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Bahia, 2014. Disponível em http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direito-moradia.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional - Tomo I, Teoria da Constituição**, 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016.

_____. **Direito Constitucional - Tomo II, Direito Constitucional Positivo**. 5ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.365/41**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1989**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 136.753/RS. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818231/recurso-extraordinario-re-165571-rs-stf>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

_____ ADI-3324/04, relatada pelo Min. Gilmar Mendes.

_____ ADI 2.213-MC, relatada pelo Min. Celso de Mello e noticiada no Informativo 301 STF).

_____ ADInMC 3.450/DF. Disponível em: BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I, Teoria da Constituição**. 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016.

_____ MS 22.164/SP. Disponível em: BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I, Teoria da Constituição**. 6ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016.

_____ RE 136.753/RS. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818231/recurso-extraordinario-re-165571-rs-stf>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

_____ RE 407.688/SP. Disponível em: BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional - Tomo II, Direito Constitucional Positivo**. 5ª edição, Bahia: Jus Podium, 2016.

_____ RE 407688/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Julgamento 02/02/2006.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 69.099**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/15786/14644>>. Acesso em 30 de novembro de 2016.

CARNEIRO, Maria Helena de Souza Marques. **Desapropriação: Interesse Público Versus Interesse Privado As Expropriações Feitas com Base na Utilidade Pública**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/mariahelenacarneiro.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

DE ANDRADE, Maria Luíza de Vasconcelos. **Jogos Olímpicos de 2016 e as Desapropriações de Imóveis por Utilidade Pública: a Instituição de uma Cidade de Exceção?** Espírito Santo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/282/1/Mon.%20Maria%20Luiza.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

DE BRITO, Miguel Nogueira. **Propriedade privada: entre o Privilégio e a Liberdade**. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2010.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DUARTE, Hugo Garzes. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Moradia: Reflexões frente ao Conceito de Estado Democrático de Direito**. Revista Jus Navigandi, São Paulo, Setembro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42532/dignidade-da-pessoa-humana-e-direito-a-moradia-reflexoes-frente-ao-conceito-de-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

FACCHINI, Niccole Mazzoleni. **O Direito à Moradia x O Direito de Propriedade**. Conteúdo Jurídico, Rio Grande do Sul, 10 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-moradia-x-o-direito-de-propriedade,50122.html>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos Sociais: Direito à Moradia**. Âmbito Jurídico, São Paulo, Março de 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/>

[n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9](#)>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

JUNG, Daniel Radici. **Os direitos fundamentais materiais na ordem jurídica brasileira**. Revista Jus Navigandi, Rio Grande do Sul, 07 de julho de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8596>>. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Bahia: Jus Podium, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2009.

PANSIERI, Flávio. **Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Helano Marcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, Dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

SANTOS, Cacilda Lopes. **Novas Perspectivas do Instrumento de Desapropriação: a Incorporação de Princípios Urbanísticos e Ambientais**. Teses e Dissertações – Biblioteca Digital da USP, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16132/tde-25032010-153350/pt-br.php>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012.

SOARES, Leandro Guimarães. **Inconstitucionalidade no Pagamento da Indenização por Desapropriação**. Jus Brasil, Minas Gerais, Dezembro de 2016. Disponível em: <<http://leandroguimaraessoares.jusbrasil.com.br/artigos/123277938/inconstitucionalidade-no-pagamento-da-indenizacao-por-desapropriacao>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.