

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Civil Contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Rosângela Lunardelli Cavallazzi; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-760-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires /Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central “Derecho, democracia, desarrollo y integración”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com os Direitos da Personalidade, as novas tecnologias e a consequente Democratização do Direito Civil. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Bruna Dezevecki Olszewski e Dirce do Nascimento Pereira abordam o contexto de superexposição de crianças nas redes sociais pelos pais – fenômeno conhecido como *sharenting* – caracterizado pelo compartilhamento de imagens, dados ou informações relacionadas aos filhos ainda em tenra idade, no âmbito da Internet. Com isso, o estudo centra-se na problemática relacionada à colisão de direitos fundamentais, especificamente relacionados à liberdade de expressão dos pais para publicarem o que bem entenderem, em contraponto ao direito de imagem da criança, considerando a necessidade de lhe conferir proteção integral.

William Paiva Marques Júnior investiga os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo a partir da positivação do princípio da boa-fé objetiva, que incluiu o paradigma da eticidade. Nesse contexto, a boa-fé objetiva surge como elemento instrumental em todos os ramos civis atuando como elo entre os fenômenos da Ética e do Direito, especialmente em matéria de Direito dos Contratos. Objetiva-se analisar a função instrumental da boa-fé, contemplada pelo Código Civil de 2002, no campo do Direito Contratual, a irradiar os seus efeitos nos aspectos obrigacionais, familiares, sucessórios e patrimoniais (incluindo a responsabilidade civil).

Matheus Pasqualin Zanon , Aline Hoffmann e Paulo Roberto Ramos Alves refletem sobre a evolução das estruturas familiares na democracia, revelando uma relação complexa entre mudanças nas famílias e os princípios democráticos. Diferentes modelos democráticos moldaram as políticas de direito de família, com abordagens inclusivas reconhecendo e protegendo diversas formas familiares. Movimentos sociais, como os de direitos LGBTQIAP+ e igualdade de gênero, impulsionaram essas mudanças, enquanto a democracia respondeu a essas demandas por meio de legislações progressistas. No entanto, desafios persistem, como desigualdades entre grupos familiares. A relação é recíproca: as mudanças familiares influenciam a democracia e vice-versa. A compreensão da diversidade familiar e a proteção dos direitos fundamentais sob princípios democráticos são cruciais para o entendimento da sociedade. Enquanto as sociedades continuam a evoluir, esta interseção entre democracia e estruturas familiares permanecerá vital para promover igualdade, justiça e direitos humanos em nossa complexa e variada paisagem social, visto que a família é a primeira sociedade em que o sujeito está inserido.

Fabricia Moreira Rodrigues Mescolin investiga a aplicabilidade do princípio da solidariedade familiar como comando normativo, capaz de impor deveres prestacionais a cada filho, com a intenção de tornar uniforme a divisão dos cuidados entre os irmãos. Com a chegada da velhice, surge o problema da dependência, necessitando o idoso da ajuda para alcançar a satisfação das suas necessidades. Aos filhos maiores, incube o dever jurídico normativo de amparar seus genitores na velhice, estabelecido na segunda parte do artigo 229 da Constituição Federal de 1988. Dever esse, que, por vezes, é esquecido e violado por alguns filhos, que se omitem na participação dos cuidados ao idoso genitor dependente de assistência. Essa omissão gera um desequilíbrio na divisão dos cuidados entre os filhos, e, conseqüentemente, sobrecarrega o(a) filho(a) que cuida sozinho(a) do seu genitor. Essa sobrecarga sugere uma situação de evidente risco de exaustão, com possíveis conseqüências para a saúde física e mental desse(a) filho(a) cuidador(a).

Rafael Albuquerque da Silva e Elane Botelho Monteiro alertam sobre o direito à moradia no âmbito das relações privadas, em especial com a consagração do direito real de habitação por força de lei, expressamente previsto no Código Civil de 2002. Invocando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a pesquisa defende a possibilidade do direito real de habitação ser estendido ao filho com deficiência, tendo em vista a consagração do princípio da vedação do retrocesso social, que no caso seria aplicado diante da inclusão da referida previsão pouco antes do advento da lei civilista atual, que por sua vez não previu igualmente.

João Delciomar Gatelli , Taciana Marconatto Damo Cervi e Janete Rosa Martins tratam da viabilidade do emprego das novas tecnologias na sucessão testamentária. A temática dos meios eletrônicos e sucessão testamentária possibilitou a elaboração de um problema específico envolvendo o instituto do testamento, ou seja, se é possível, em um futuro próximo, o uso dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários. Na busca de uma resposta ao problema levantado, partiu-se de uma hipótese positiva para investigar as possíveis inserções dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários, assim como as críticas que poderiam agregar-se a uma eventual hipótese negativa. Assim, situando a temática no âmbito da Quarta Revolução Industrial percebe-se o cenário inevitável de compartilhamento por meio de dispositivos com a substituição das tradicionais formas de manifestação da vontade, o que vem sendo contextualizado em Internet das Coisas – IoTs. Neste aspecto, a pesquisa identifica quanto ao testamento público e particular a viabilidade da videoconferência e assinatura eletrônica como facilitadores ao instituto, bem como otimização de tempo e custos. Quanto ao testamento cerrado destaca-se o uso de chaves eletrônicas e códigos para garantir o sigilo de seu conteúdo até o óbito, o que também pode oferecer maior segurança quando comparado ao risco de violação do lacre tradicional.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca analisa que a economia do compartilhamento tende a direcionar o olhar para a possibilidade de novo alcance jurídico ao princípio da exclusividade da propriedade para impulsionar negócios jurídicos que parecem limitar o conteúdo do direito de propriedade sem que haja a elasticidade do domínio. Assim, quando há necessidade de aplicação das normas jurídicas brasileiras em casos concretos, a legislação precisa de adequações para enfrentar os desafios oriundos da relação entre novas tecnologias e propriedade, de modo que as decisões judiciais sobre a matéria adquirem uma relevância que não pode ser ignorada. Apresenta o contexto histórico da economia do compartilhamento, aspectos conceituais e as principais aplicações desse modelo na atualidade para, então, dedicar-se à análise do Recurso Especial nº 1.819.075 – RS, no qual são suscitadas reflexões quanto à tese da qualificação jurídica da intermediação do acesso temporário de imóveis pelo Airbnb, notadamente no que concerne ao impacto da economia do compartilhamento na interpretação jurídica de destinação residencial, bem como à análise do caso Cali Apartments SCI (C 724/18), buscando contribuir de maneira prática sobre o tratamento da questão, por meio comparativo, entre o ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro..

Guilherme Augusto Giroto propõe uma análise sistêmica dos aspectos históricos e contemporâneos que informam o instituto dos danos morais, abordando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O caráter pedagógico, por vezes, adotado na prática (jurisprudência) enfrenta críticas da doutrina, e esta é a problemática, como pode-se delimitar

o conceito de dano moral na contemporaneidade. Torna-se imprescindível conceituar o que seriam denominados como novos danos, para estes não integrem então de forma equivocada o conceito de dano moral. Assim, os denominados novos danos seriam espécies integrantes, junto ao dano moral, do gênero que é o dano extrapatrimonial.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca investiga, sob a ótica das novas tecnologias, os denominados contratos inteligentes ou Smart Contracts que atrelam-se ao cenário de digitalização do Direito, propulsando um vasto campo de interesse e o engajamento crítico sobre se a Teoria Geral dos Contratos acomoda coerentemente o atual dinamismo das relações contratuais, bem como as novas formas de contratação.

Para Guilherme Augusto Girotto, a responsabilidade civil contemporânea está se deparando com a necessidade da sociedade de se ver tutelada pelas novas tecnologias, razão pela qual o Poder Legislativo vem buscando conferir maior legalidade aos ambientes virtuais, reflexo direto disto foi a edição do Marco Civil da Internet e a LGPD. Em razão do silêncio do Legislativo em relação à classificação da responsabilidade civil prevista nesta última lei ser objetiva ou subjetiva, a doutrina pátria está dividida e, ainda surgem novas concepções para o tipo de responsabilidade prevista, qual seja, a responsabilidade civil proativa, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais.

Nathalie Carvalho Candido , Williane Gomes Pontes Ibiapina , Rayana Neyandra Sabino Barroso, a partir do método descritivo-analítico, abordam como os comentários de ódio podem ser configurados pela comunidade jurídica enquanto ato ilícito, sem que haja uma censura à liberdade de expressão, e, por conseguinte, o reconhecimento do dano. Abordam a motivação psicológica da figura dos haters, posteriormente perquire-se o funcionamento das redes sociais e de que forma culminam ao favorecimento dos ataques de ódio. Analisam ainda o reconhecimento dos limites da liberdade de expressão por meio da jurisprudência aplicada atual e quais os pressupostos para que haja a configuração da responsabilidade civil nos comentários de ódio.

Daniela Arruda De Sousa Mohana, Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima e Anderson Flávio Lindoso Santana, traçam um panorama da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, posteriormente no Código Civil de 2002, e sua alteração na Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Em busca de individualizar o que vem a ser a efetiva função social, é realizada a sua distinção com a boa-fé objetiva e, apresentar em quais situações haverá a mitigação da autonomia da vontade em primazia da coletividade na modalidade externa, metaindividual e do terceiro opressor, além da proteção das partes envolvidas no negócio jurídico, sob o prisma da função social do

contrato na modalidade interna, como uma autodefesa imposta pela sociedade, incluindo a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Frederico Thales de Araújo Martos e Alícia Braga Silva defendem a aplicabilidade da constituição de uma sociedade holding para elaboração do planejamento patrimonial e sucessório, bem como sua capacidade de inibir disputas entre herdeiros, diminuir a carga tributária e o risco da perda de controle sobre os bens e direitos da família. A análise da matéria, efetuada por meio de pesquisa bibliográfica, conclui que a sociedade holding, desde que bem estruturada, contribui para um planejamento patrimonial e sucessório bem sucedido, garantindo ao grupo familiar benefícios que vão desde financeiros à emocionais.

Alexsandro José Rabelo França, Thiago Brhanner Garcês Costa e Jaqueline Prazeres de Sena consideram que a interação entre a Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet e a regulação do ambiente virtual, tendo como enfoque as características da responsabilidade civil dos provedores de aplicação. A crescente influência da internet na sociedade contemporânea, cenário para discussão sobre os desafios legais e éticos enfrentados pelos intermediários digitais, encontra no Marco Civil a estrutura basilar de um regramento que estabelece direitos e deveres para usuários do ambiente virtual, destacando seus princípios de neutralidade da rede, privacidade e colaboração multissetorial. Nesse contexto, a responsabilidade civil dos provedores de internet, com as implicações de sua atuação na moderação de conteúdo, é importante ferramenta para impedir violações de direitos no ambiente virtual, sendo objetivo deste trabalho esclarecer os critérios desse regramento. A análise ressalta a relevância da jurisprudência em evolução na definição da responsabilidade dos provedores de aplicação, com destaque para a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil e suas implicações, na busca por um equilíbrio entre a liberdade de expressão, a proteção dos direitos individuais e a responsabilidade dos intermediários digitais.

Frederico Thales de Araújo Martos e Cláudia Gil Mendonça constataam a possibilidade de herança digital. Na ausência legislativa de como proceder à sucessão dos aludidos bens digitais, principalmente os adquiridos neste novo mundo chamado metaverso, muitas controvérsias são levantadas entre os juristas e, portanto, faz-se necessário buscar uma solução efetiva e satisfatórias para referidas demandas.

Arthur Lustosa Strozzi, Daniela Braga Paiano e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador revelam o pacto de coparentalidade à luz da teoria do negócio jurídico. Para isso, examinam a coparentalidade como fato jurídico ensejador de efeitos que permite a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. Posteriormente, enquanto fato jurídico, por se apresentar relevante para o direito, o estudo indica que as pessoas podem celebrar negócio

jurídico para declarar o objeto de seus desejos, quais sejam, a geração, criação, manutenção e desenvolvimento de filho, sem a existência de vínculo afetivo entre os genitores. Verifica-se que o mencionado instrumento preenche os três degraus da escada ponteana, enquanto negócio jurídico. Analisam julgados provenientes dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Paraná.

Rafaela Peres Castanho desenvolve pesquisa em torno de uma visão interdisciplinar sobre o Direito de Família, correlacionando-o com a teoria do apego e a teoria do afeto.

Daniela Braga Paiano , Gabriela Eduarda Marques Silva e Júlia Mariana Cunha Perini investigam que a Constituição Federal de 1988 constitui, no Direito de Família brasileiro, um marco histórico, ao reconhecer outras formas de constituição familiar além daquela oriunda do matrimônio, retirando da margem da sociedade àquelas uniões informais, denominadas popularmente como concubinato, ao reconhecer, de forma expressa, a união estável como entidade familiar. Nesse sentido, realizam uma análise comparativa do contrato de convivência no direito brasileiro e estrangeiro, perpassando pela análise da evolução histórica desse instituto e da autonomia privada dos conviventes na construção de uma relação eudemonista.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos da Personalidade como força motriz da democratização do Direito Privado.

Profa. Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e PUC/RJ (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

**A REALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA NAS RELAÇÕES
PRIVADAS: DA SUBSISTÊNCIA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO FILHO
COM DEFICIÊNCIA**

**THE REALIZATION OF THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING IN PRIVATE
RELATIONS: FROM THE SUBSISTENCE OF THE REAL RIGHT TO HOUSING
TO THE DISABLED CHILD**

**Rafael Albuquerque da Silva
Elane Botelho Monteiro**

Resumo

O direito à moradia é um dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil e se reveste de grande importância, estando inserido inclusive no rol daqueles que compõem o chamado mínimo existencial. Com a consagração, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, da possibilidade de judicialização dos direitos sociais, o direito à moradia também se inclui naqueles que reclamam formas de realização, ora em face do poder público, ora nas relações privadas, tendo em vista restar consagrada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais. Nessa esteira, almeja-se estudar a realização do direito à moradia no âmbito das relações privadas, em especial com a consagração do direito real de habitação por força de lei, expressamente previsto no Código Civil de 2002. Invocando justamente a eficácia horizontal dos direitos sociais, o artigo defende a possibilidade do direito real de habitação ser estendido ao filho com deficiência, tendo em vista a consagração do princípio da vedação do retrocesso social, que no caso seria aplicado diante da inclusão da referida previsão pouco antes do advento da lei civilista atual, que por sua vez não previu igualmente.

Palavras-chave: Direito à moradia, Judicialização dos direitos sociais, Eficácia horizontal dos direitos sociais, Direito real de habitação, Pessoa com deficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The right to housing is one of the social rights listed in article 6 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and is of great importance, including being included in the list of those that make up the so-called existential minimum. With the consecration, even within the scope of the Judiciary, of the possibility of judicialization of social rights, the right to housing is also included in those who claim forms of realization, sometimes in the face of the public power, sometimes in private relations, with a view to remaining enshrined the horizontal effectiveness of fundamental social rights. In this wake, the aim is to study the realization of the right to housing in the context of private relations, in particular with the consecration of the real right to housing by force of law, expressly provided for in the Civil Code of 2002. Invoking precisely the horizontal effectiveness of social rights, the article defends the possibility of the real right to housing being extended to the disabled child, in

view of the consecration of the principle of prohibition of social regression, which in this case would be applied in the face of the inclusion of the aforementioned provision shortly before the advent of the current civil law , which in turn did not predict equally.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to housing, Judicialization of social rights, Horizontal effectiveness of social rights, Real right of housing, Disabled person

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresentando extenso rol de direitos fundamentais, tanto aqueles de índole individual como também os chamados direitos sociais. Dentre estes últimos, considerados como direito prestacional, inclui-se o direito à moradia, o qual se reveste de grande importância, estando inserido inclusive no rol daqueles que compõem o chamado mínimo existencial.

Este artigo objetiva, inicialmente, demonstrar que não apenas os direitos fundamentais de índole individual, como também os direitos sociais podem ter sua proteção e efetivação invocada no plano das relações privadas. Demonstra-se, pois, a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais.

A partir destas considerações, a pesquisa avança para a análise, precisamente, da efetivação do direito à moradia nas relações privadas. O Judiciário brasileiro já possui uma gama de decisões que, invocando a eficácia dos direitos fundamentais, confere proteção ao direito à moradia, em sobreposição a outros direitos invocados, isso por considerar a importância daquele, mesmo numa relação puramente particular.

Ademais, também a legislação infraconstitucional possui previsões que enaltecem o direito à moradia, como se pode extrair do art. 1.831 do Código Civil, ao conferir à cônjuge supérstite o direito real de habitação.

Nesta hipótese, inegavelmente temos uma relativização das garantias sucessórias, para fins de enaltecimento, numa relação privada, do direito social à moradia.

Mas este artigo procura ir além ao, juntando todas as considerações, defender, também, a extensão do direito real de habitação ao filho com deficiência do falecido.

Invoca-se para tanto não apenas a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, mas também o princípio da vedação ao retrocesso social, inclusive como corolário da teoria de defende a aplicação dos direitos sociais nas relações privadas.

2 A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E O PROBLEMA DE SUA JUDICIALIZAÇÃO

Os séculos XVII e, em especial, o XVIII, foram marcados pelas revoluções liberais, as quais esboçavam forte resistência às características do então vigente estado absoluto, calcado numa forma de sistema opressor e de forte interferência estatal na esfera privada dos indivíduos. A ausência de liberdades hoje tidas como essenciais, como a política, a econômica,

a de expressão, etc., impulsionaram fortemente os ideais revolucionários que culminaram com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (fruto da revolução francesa) e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 (decorrente da revolução americana).

O estado democrático de direito, sustentado pelas ideias liberalistas, marcou-se nos seus primórdios por buscar a proteção do indivíduo, individualmente considerado. Visando protegê-lo das interferências do estado, passou-se a privilegiar em diversas declarações de direitos proclamadas neste contexto histórico, inúmeros direitos de liberdade, outrora ceifada pela intromissão estatal.

Costuma-se apontar as liberdades, portanto, como os direitos fundamentais de primeira geração, tendo por base a já clássica teoria do jurista Karel Vasak (MARMELSTEIN, 2014). Consubstanciam-se, portanto, em direitos individuais, negativos (implicando um não agir, sob pena de violação), sendo ainda direitos civis e políticos.

Ocorre que, no século marcado pela revolução industrial, a forte prosperidade econômica acabou gerando diversos problemas sociais para um grupo de pessoas que, não obstante serem parcela essencial para o referido progresso (notadamente a classe operária), não usufruía das benesses trazidas pelo crescimento econômico. A igualdade, ainda que já reverberada pelos ideais liberais, estava longe de se efetivar na prática, ressaltando-se a disparidade entre o luxo de poucos e a miséria de muitos, que não contavam com a garantia de um emprego, uma renda, cuidados médicos, etc.

Visando a promoção de uma maior igualdade social e a garantia de condições mínimas para uma vida digna, surge o chamado estado do bem-estar social (*welfare state*), preconizando direitos não apenas de ordem individual, mas para toda uma coletividade, incluindo-se aí aqueles voltados para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores (salário mínimo, piso salarial, greve, férias, jornada de trabalho, etc.), como também os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, também de expressão coletiva (alimentação, saúde, moradia, educação, assistência, etc.).

Para Marmelstein, “o reconhecimento desses direitos parte da ideia de que, sem as condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia. Afinal, liberdade não é só ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas” (2014, p. 46).

Apontam-se as Constituições do México (1917) e a de Weimar (1919) como as primeiras a prever, expressamente, os direitos sociais. No Brasil, a de 1934 e, de forma mais efetiva, a de 1946, iniciaram a ideia de formação de um estado brasileiro do bem-estar social,

consagrando diversos direitos apontados como de segunda geração¹, considerados direitos coletivos e que reclamam, para a sua efetivação, uma prestação (conduta positiva).

Nossa Constituição atual (1988) persegue essa ideia, apresentando extenso rol de direitos fundamentais, tanto aqueles de índole individual como também os chamados direitos sociais.

Sobre estes últimos, que interessam para o desenvolvimento do presente artigo, a CF/88 reza em seu art. 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. Mais a frente, a Carta Magna apresenta um título específico voltado para a “ordem social”, regulamentando direitos que podem ser incluídos na categoria socioeconômica.

Questão interessante, suscitando acalorado debate inclusive na atualidade, diz respeito à (im)possibilidade de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. Isso porque, como dito, os direitos sociais, para serem efetivamente prestados à coletividade, exigem uma conduta positiva, isto é, um fazer.

Na verdade, não se discute, muito, sobre a possibilidade de se exigir tais direitos, até porque no Brasil, diferente do que ocorre em países como Portugal e Espanha, onde há clara distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, a nossa CF/88 tratou os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, trazendo o mesmo tratamento de proteção jurídica para ambos.

A grande polêmica que se trava hodiernamente, é acerca dos limites para a implementação dos direitos sociais, notadamente quando exigidos em face do poder público, já que este rotineiramente invoca, a fim de se esquivar da obrigatoriedade de implementar os direitos constitucionalmente garantidos, as teses da separação dos poderes (incluindo-se aí a impossibilidade do Judiciário adentrar na conveniência e oportunidade administrativas), da reserva do possível, da impossibilidade material e da necessidade de respeito às leis orçamentárias e ao planejamento financeiro do Estado.

Afinal de contas, é certo que a imposição ao Estado para que faça alguma coisa, notadamente voltada para a implementação de políticas que efetivem os direitos sociais, exigirá deslocamento de recursos financeiros e, possivelmente, uma adequação nos planos inicialmente traçados pelo Executivo e Legislativo.

O que se percebe no início do século atual, porém, é uma verdadeira mudança de postura do Judiciário brasileiro, notadamente de seus tribunais superiores, que ao invés de

¹ Costuma-se fazer referência também à terceira geração dos direitos fundamentais, voltados para a proteção de todo o gênero humano, incluindo-se aí os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc.

adotar uma posição contrária à implementação dos direitos sociais, passou a reconhecer a sua possibilidade, rechaçando os argumentos comumente apresentados pelo poder público, na defesa de uma visão muito mais pró-fundamentalidade.

A decisão do Min. Celso de Mello na ADPF nº. 45 é certamente um marco no que diz respeito à possibilidade do controle judicial de políticas públicas, refletindo um entendimento que passou a surgir naquela Corte e que, com o tempo, apenas vem se fortalecendo.

Já é possível, por exemplo, encontrar-se diversas decisões no STF que tratam do tema a que se costuma chamar de “justiciabilidade dos direitos sociais”, as quais, em sua maioria, terminam por obrigar o poder público a empreender condutas que efetivam direitos sociais, em especial os relacionados à saúde e à educação. Consequentemente, como não poderia deixar de ser, a mesma postura vem sendo seguida pelos diversos ramos do Judiciário espalhados pelo país, esboçando uma onda, aos nossos olhos, salutar, vez que voltada a consagrar o nosso país como sendo, realmente, um estado de bem-estar social, efetivando com mais afinco os fundamentos e os objetivos traçados pela nossa Carta Cidadã de 1988.

Mesmo que ainda persistam algumas ideias refratárias à possibilidade de ampla efetivação dos direitos sociais, o Judiciário brasileiro parece caminhar neste último sentido, reconhecendo o Estado talvez da forma bem apresentada por José Cláudio Monteiro de Brito Filho, para quem aquele não é um fim em si mesmo, mas “um ente que existe, pela vontade da coletividade, para oferecer serviços (direitos) que foram definidos como essenciais, ou seja, para garantir e concretizar direitos fundamentais dentro de um determinado espaço” (2008, p. 81).

Este mesmo doutrinador, aliás, explica que o Judiciário, ao determinar a concessão de um direito social pelo poder público, não está criando política pública, mas sim determinando que um direito, previsto no ordenamento constitucional, seja concedido, isso porque as políticas públicas já estão previstas no texto constitucional, tendo sido criadas, portanto, pelo constituinte. A não interferência do Judiciário nesse caso, justificada – como alguns defendem – pela impossibilidade deste Poder adentrar nas funções de competência dos demais Poderes, acaba implicando numa não concessão de um direito, verificada pela inércia do próprio Poder que teria a competência para realizá-lo (BRITO, 2008, p. 83).

Esse ponto é importante para o que queremos defender mais adiante, pois nos deixa clara a ideia de que os direitos sociais não devem ser encarados como normas meramente programáticas, como que se dependesse de outra norma regulamentadora ou mesmo da conveniência do administrador em fazê-los efetivados. Ora, se os direitos sociais são direitos

fundamentais, certamente em mesmo grau de importância que os direitos fundamentais individuais, devem ser perseguidos prioritariamente pelo Estado. A sua conveniência e discricionariedade, portanto, devem sempre andar juntas com a observância a tais direitos.

Os direitos sociais não são promessas. São obrigações a serem cumpridas, ressalta-se, imediatamente (CF, art. 5º, § 1º). Filiamo-nos à ideia, portanto, de que os direitos fundamentais em geral são direitos subjetivos de aplicação imediata.

3 A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO PRIVADO

Ficou claro que os direitos fundamentais podem ser judicializados, visando a sua efetiva aplicação. Assim, verificada a inércia injustificada dos Poderes Executivo e Legislativo, é plenamente legítimo o acionamento do Judiciário para corrigir essa inconstitucionalidade por omissão, colaborando, nos limites de sua atividade típica, para a realização dos direitos essenciais.

Ocorre que grande parte das discussões sobre o tema se cinge ao fato de tais pretensões serem deduzidas em face do poder público, talvez passando a (falsa) ideia de que só o Estado é o sujeito que pode ser cobrado pelo cumprimento de tais direitos constitucionais. Como se os direitos fundamentais fossem uma prestação exclusiva do poder público. Certamente este tipo de pensamento não merece prosperar.

De fato, os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente como forma de proteção dos indivíduos em face do Estado opressor, como aliás foi deixado claro no início desta exposição. Sempre esteve presente, portanto, a ideia da eficácia vertical dos direitos fundamentais, posto que o Estado, imaginado numa posição de hierarquia superior aos indivíduos, era certamente cobrado a respeitar aqueles direitos tidos por fundamentais.

Mas atualmente é pacífica a ideia de que essa eficácia também se espraia entre os próprios indivíduos, diga-se, entre os próprios particulares e nas relações por este travadas, consagrando-se aquilo que se costuma chamar de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Em síntese, decerto os direitos essenciais devem ser observados também nas relações privadas.

Em algumas circunstâncias, como nos alerta Marmelstein, essa conclusão é óbvia, afinal “na maioria das vezes, violar um bem jurídico protegido por essas normas constitucionais constitui crime punido em praticamente todos os países civilizados” (2014, p. 341). Em outras situações, porém, exigir a observância em relações privadas pode parecer muito mais complexo e intrincado, principalmente quando a problemática se apresenta diante de uma

colisão com outros direitos relevantes (como a autonomia privada, a privacidade, o direito à propriedade, etc.).

A Suprema Corte brasileira, também numa visão extensiva de proteção aos direitos fundamentais, já deixou clara a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais também no plano privado, na análise de diversos casos.

Indaga-se, doravante, o seguinte: e os direitos sociais, também podem ser exigidos nas relações privadas? É possível que a busca pela realização dos mesmos interfira na interpretação dos negócios firmados entre particulares? A efetivação dos direitos sociais pode limitar direitos outros como a privacidade, a propriedade e autonomia dos indivíduos?

A questão é interessante porque, enquanto os direitos fundamentais de primeira geração, para a sua consagração, exigem uma conduta omissiva (sendo simples a ideia de que não só o poder público mas também os particulares devem deixar de agir, sob pena de violarem um direito essencial), os direitos sociais, para que sejam devidamente realizados, reclamam uma atuação positiva, um fazer.

Quem é o obrigado a agir positivamente com o escopo de realizar os direitos sociais? Apenas o poder público ou, de certo modo, o particular também pode ser compelido, em suas relações jurídicas com outros indivíduos, a agir num sentido determinado para que realize os direitos de segunda geração?

Acreditamos, registre-se desde logo isso, que o destinatário imediato das normas que consagram os direitos sociais é o poder público. Afinal, este é o ente criado, como já dito alhures, com o fim de oferecer os serviços definidos como essenciais, concretizando direitos fundamentais dentro de um determinado espaço.

Ademais, o Estado, quando compelido em suas atividades a agir assim, realizando os direitos sociais (por sua própria vontade, como se espera; ou por ordem judicial, diante de sua inércia), os ofertará para toda uma coletividade, tendo uma abrangência mais ampla e eficaz, diferentemente de uma realização circunscrita a sujeitos determinados, inseridos numa certa relação jurídica particular.

Porém, queremos defender que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais também deve ser estendida aos direitos sociais, não apenas porque fundamentais também os são, mas porque assim conseguimos imprimir maior efetividade e imediatismo à realização destes direitos, alcançando os objetivos preconizados pela nossa Carta Magna em seu art. 3º.

Ao tratar do tema da justiciabilidade dos direitos sociais, Flávia Piovesan afirma que a “experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário” (2010, p. 69).

Ainda que a autora apresente suas palavras tendo em vista a judicialização em face do poder público, certamente suas conclusões servem quando defendemos a realização dos direitos sociais também nas relações privadas, pois a consagração da eficácia horizontal também nesse âmbito trará consequências mais salutares ao Estado brasileiro, na medida em que potencializa a efetivação de direitos considerados como essenciais pela nossa Carta Magna.

Temos consciência que o tema pode, a depender do enfoque de interpretação, causar certa perplexidade. Afinal, em que circunstância seria admissível que um particular exigisse de outro o custeio de determinado procedimento que, em essência, representaria a realização de um direito social (como a saúde ou a educação, por exemplo)?

Dada a inequívoca despesa que a efetivação de tais direitos gera ao sujeito obrigado ao seu cumprimento, essa ideia, transportada ao particular, poderia implicar em prejuízo financeiro ao qual este não está obrigado senão pela manifestação de sua vontade.

Porém, decerto que essa preocupação não pode levar à conclusão de que os direitos sociais não devem ser observados também no plano privado. Na verdade, o que se deve ter em mente é que o assunto reclama uma análise particular do caso em questão, exigindo do exegeta uma interpretação de acordo com a técnica de ponderação.

Não se quer dizer aqui que qualquer pessoa pode dirigir pretensão contra alguém (que não o Estado), indistintamente, visando lhe seja custeado tratamento de saúde ou o acesso à educação, mas sim que, numa relação jurídica particular já estabelecida, havendo colisão de direitos entre um, social, e outro, de ordem privada, decerto que aquele deve prevalecer, não havendo o que se falar numa autonomia de vontade absoluta e irrestrita.

Nesse caminho vem seguindo a jurisprudência brasileira, esboçando uma postura avançada no que diz respeito à realização dos direitos sociais, especialmente quando comparamos tal orientação com a de outros países que, sobre o mesmo tema, apresentam entendimento mais refratário, ao contrário do Brasil.

Tem-se diversos exemplos a se citar acerca da consagração da eficácia horizontal dos direitos sociais nas relações privadas.

No tocanto aos planos de saúde privados, encontramos inúmeras decisões que reconhecem a abusividade de certas cláusulas quando estas implicam em violação a um direito maior, qual seja, o direito à saúde. O STJ já teve oportunidade de reconhecer como ilícito o ato de recusa em custear tratamento de segurado com suspeita de câncer (AgRg no AG 520.390), a abusividade de cláusula que determinava a limitação temporal ao tratamento e internação (REsp 160.307), de cláusula que afastava o tratamento de AIDS (Resp 255.064, REsp 311.509), de cirrose (REsp 255.065), etc.

A decisão transcrita abaixo também demonstra uma clara sobreposição do direito social à saúde numa relação privada, tendo o STJ imposto uma interpretação do negócio jurídico mais consentânea à realização daquele direito. Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. RECUSA. ABUSIVIDADE. CDC, ART. 51, I.

[...]

III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

Também encontramos decisões que deflagram a eficácia horizontal dos direitos sociais em relações particulares atinentes ao direito à educação. Assim são aquelas decisões, também do STJ, que rechaçam o condicionamento da renovação de matrícula em ensino superior ao pagamento de mensalidade atrasada (Resp 611.394, REsp 311.394, REsp 365.771), aquelas que garantem a servidores públicos transferidos a outras cidades o direito de serem matriculados em instituições de ensino (mesmo particulares) na cidade de destino (REsp 732.727, REsp 710.382), decisões que determinam instituições privadas de ensino superior a rematricularem seus alunos, mesmo quando já passado o prazo regimental para este procedimento, etc.

Percebemos, portanto, que os direitos sociais podem ser reclamados inclusive em relações particulares, manifestando-se o Judiciário favoravelmente no sentido de reconhecer a eficácia horizontal destes direitos e proferindo decisões consentâneas à busca de sua realização.

A realização destes direitos sociais se verifica a partir do momento em que é implementada uma limitação na autonomia da vontade que, geralmente, impulsiona as relações privadas, tornando-se perspícuo o fato de que mesmo os entes particulares devem nortear suas atividades no sentido de colaborar com a implementação dos direitos essenciais, fato que se justifica pelo princípio da solidariedade.

4 PRECISAMENTE SOBRE O DIREITO SOCIAL À MORADIA E AS FORMAS DE SUA REALIZAÇÃO

Cingimo-nos, agora, a um direito social específico, qual seja, o direito à moradia, objeto das análises seguintes. Deve-se entender este direito como aquele que assegura a toda e qualquer pessoa um lugar adequado para viver, fixando no mesmo sua residência, devendo este ser seguro e confortável e inserido num ambiente saudável, propiciando a qualidade de vida do seu titular.

Decerto que este direito tem notável importância, pois sem a sua efetivação outros direitos fundamentais podem restar comprometidos. A ausência de moradia ou a sua instalação de forma precária traz, não raramente, problemas de saúde, prejudica a educação, pode comprometer o emprego do cidadão, etc. Daí porque, dada a sua essencialidade básica, ser comumente reconhecido como um dos direitos que compõem o chamado “mínimo existencial”, isso se for admitido certo grau de fundamentalidade dentro do rol de direitos já considerados como fundamentais pela Constituição².

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais, previsto no art. 6º da CF/88, através da EC nº. 26/2000. Não se quer dizer, porém, que até esta data tal direito não podia ser considerado um direito fundamental, pois antes mesmo já era possível extrair da Carta Magna dispositivos que o consagravam de maneira implícita. Afinal, já era competência dos entes federativos promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). O salário mínimo, pela Constituição, já devia ser capaz de antever necessidades básicas do trabalhadores, incluindo aí a sua moradia e de sua família (art. 7º, IV). Enfim, o direito à moradia, mesmo antes de sua inserção na letra expressa do art. 6º da CF/88, já era garantido em nosso ordenamento constitucional.

Com a referida Emenda, porém, tal direito passou a constar expressamente no diploma fundamental como sendo um direito social, aplicando-se-lhe, de maneira incontestada, todas as características desta espécie, inclusive a possibilidade de sua judicialização, visando a sua efetivação prática.

Sobre o assunto, importante o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

Por outro lado, feitas algumas considerações sobre a trajetória que teve como resultado a inserção do direito à moradia no artigo 6º da CF, percebe-se que além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado “estatuto da cidade” – ocorreu um incremento significativo do número de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia na sua condição de direito fundamental social. Se parece incensurável a afirmação de que após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a não ser mais possível refutar a condição do direito à moradia como direito de matriz constitucional, de tal sorte que cogente (pelo menos, assim o deveria ser!) a consideração das consequências jurídicas

² Entendimento ao qual não nos filiamos, por considerarmos que todos os direitos fundamentais são essenciais, pelo que o “mínimo existencial” seria composto por aquilo já eleito pelo constituinte do estado como sendo um direito fundamental.

de tal reconhecimento, tal não significa dizer que a respeito de tais consequências jurídicas não existam uma série de controvérsias, que principiam pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, alcançando, inclusive, o debate em torno do seu conteúdo e significado, especialmente, contudo, no que diz com sua possível eficácia e efetividade (2014).

Costuma-se dizer que o direito à moradia reclama, para sua completa proteção, posturas negativas e positivas. Para Sarlet, tal direito ostenta, pois, uma dimensão negativa (direito de defesa) e uma positiva (direito de prestação) (2014).

As primeiras consistem numa abstenção de fazer, sob pena de se violar tal direito. Incluem-se aí a inviolabilidade do domicílio, a privacidade, a impenhorabilidade do bem de família, etc. Já as posturas positivas são aquelas que se consubstanciam num fazer, voltado para a realização de tal direito social, podendo-se citar a implementação de políticas públicas para a melhoria do saneamento básico, da segurança, iluminação e infraestrutura das ruas, da facilitação para a aquisição de um lar, etc.

É de se perceber, portanto, que a realização do direito à moradia pode ser encarado sob diferentes prismas, assim como pode ser direcionado tanto em face do poder público, que certamente é um dos sujeitos a quem se pode reclamar pretensões voltadas para a efetivação deste direito social, como também no âmbito das relações privadas.

No que tange ao poder público, não é forçoso perceber que este é responsável pela realização do direito à moradia. Afinal, trata-se de espécie de direitos sociais, os quais – classicamente – são atribuídos como dever do estado em garanti-los e efetivá-los. Cabe ao estado, portanto, não apenas se abster de violar o direito à moradia (em sua dimensão positiva), como também o dever de empreender políticas voltadas para a consagração positiva deste direito.

Nesse ponto, cumpre-nos trazer a lição de Heleno Márcio Vieira Rangel e Jacilene Vieira da Silva:

Isso não significa que é obrigação do Estado brasileiro dar uma casa para cada cidadão necessitado. Na verdade, o dever estatal é o de proporcionar mecanismos que facilitem o acesso das pessoas à concretização desse direito. Dito sob outro giro verbal, proporcionar dignidade ao cidadão não é lhe conceder tudo o que necessita de forma gratuita, mas promover meios que viabilizem sua autonomia, oferecendo-lhe oportunidade de emprego associada a uma educação de qualidade. Cabe ao poder estatal promover a garantia do direito à moradia para os cidadãos brasileiros, utilizando-se de programas e planos de ação que criem mecanismos de inclusão social ao exercício do direito à moradia. É o caso, por exemplo, do financiamento de habitações de interesse social (2014).

Sobre o assunto, já aparecem na jurisprudência pátria decisões no sentido de compelir o poder público a proceder com a implementação de obras e programas voltados para

a melhoria do direito à moradia, notadamente no que diz respeito ao saneamento básico³. São claros exemplos, portanto, de judicialização do direito à moradia em face do poder público, visando a sua realização tal como acontece (de forma mais conhecida e estudada) com os direitos à saúde e à educação⁴.

Porém, como já deixamos antever, a realização do direito à moradia não se concretiza apenas diante de pretensões em face do poder público. Como não poderia deixar de ser, e em sintonia ao que já foi escrito ao norte, este exemplo de direito social também pode ser reclamado e efetivado no âmbito das relações privadas, dada a sua eficácia horizontal, o que inclusive já foi alvo de decisões pelas nossas Cortes Superiores.

Como exemplo do citado, tem-se o REsp 182.223-SP, que consagrou a impenhorabilidade do bem de família de pessoa solteira, aplicando uma interpretação extensiva do conceito de impenhorabilidade trazido pela Lei nº. 8.009/90, orientação esta que foi posteriormente sumulada através do verbete nº 364, que reza: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Sabe-se que a referida lei garante a proteção do imóvel residencial *do casal ou da entidade familiar* (art. 1º), daí porque a Corte Superior, numa interpretação gramatical, não concluía pela impenhorabilidade do imóvel do devedor solteiro (REsp 169.239), entendimento este que foi modificado posteriormente, conforme julgamento do recurso apontado no parágrafo anterior, dando ao dispositivo legal uma interpretação à luz do direito à moradia.

Trata-se, a nosso ver, de perfeito exemplo de realização deste direito social também em âmbito particular, uma vez que tal entendimento privilegia o resguardo da moradia, tida como valor essencial de acordo com a nossa ordem constitucional.

Nessa esteira, são pertinentes as palavras de Marmelstein:

Como se observa, a eficácia horizontal tem muito a ver com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, até porque é consequência desta. Com a eficácia horizontal e a dimensão objetiva (força irradiante), toda legislação infraconstitucional, inclusive aquela que disciplina as relações privadas, deve ser interpretada sob a ótica dos direitos fundamentais (2014, p. 348)

No mesmo sentido foi a decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Velloso quando reconheceu que a inclusão feita pela EC nº. 26/2000 revogara o inciso VII do art. 3º da

³ Nesse sentido, conferir o trabalho de Daniela S. Dias, que apresenta discussão sobre o tema e alguns exemplos de decisões judiciais nessa seara. **O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais**. In Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n.1, out. 2011/jan. 2012, disponível em www.mprs.mp.br. Acesso em 15/11/2014.

⁴ Direitos estes, com *venia* para tal afirmação, que não dispensam uma efetivação também do direito à moradia, posto que a ausência da prestação deste, ou sua prestação deficiente, acaba por gerar danos graves tanto à saúde como à educação.

Lei nº. 8.009/90, que prevê exceção à impenhorabilidade de imóvel residencial, quando pertencente a avalista de contrato de locação (RE 352.940-SP). Tal decisão, certamente calcada na consagração do direito à moradia, porém, restou afastada posteriormente quando do julgamento colegiado proferido no RE 407.688⁵, mas de qualquer forma a discussão em torno da realização do direito à moradia em relações particulares permaneceu em tona, afinal os ministros, por maioria, passaram a entender apenas que o aludido dispositivo infraconstitucional é, sim, compatível com o direito à moradia, na medida em que “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”.

Para encerrar este tópico, importa-nos sintetizar que o direito à moradia, previsto expressamente como um direito social na Carta Magna e consagrado em diversos outros dispositivos deste mesmo diploma e em outras normas infraconstitucionais, tem elevada importância, reclamando diversas formas de realização, não só por pretensões voltadas contra o poder público, mas também em relações de cunho eminentemente particular, fatos estes já enfrentados e garantidos pelo Poder Judiciário.

5 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO POR FORÇA DE LEI COMO FORMA DE CONSAGRAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA

O nosso ordenamento possui diversos outros dispositivos que deflagram a intenção em se efetivar o direito à moradia, inclusive em legislações de cunho privatista. Isso é verificado, por exemplo, com o enaltecimento da importância da função social da propriedade, tanto a nível constitucional como também no Código Civil. Também assim acontece com a previsão legal da usucapião, havendo espécies desta forma de aquisição de propriedade que estão condicionadas à fixação, no imóvel, de moradia, etc.

Outro exemplo que pode ser citado, também, e que merece nossa atenção, por se incluir no núcleo rígido deste trabalho, é o chamado direito real de habitação, notadamente quando instituído por força de lei.

⁵ Ao que inclusive grande parte da doutrina se opõe, sendo esta, também a nossa opinião (contrária ao entendimento alcançado pelo STF). Sobre isso, conferir os argumentos apresentados por Ingo Salet, em seu trabalho já citado ao longo desta exposição.

O direito de habitação⁶, espécie de direito real sobre coisa alheia, compreende a faculdade de seu titular residir gratuita e temporariamente em um prédio, com sua família. Este direito real se limita a este poder, qual seja, residir. Desta forma, o proprietário reserva consigo todos os poderes dominiais, exceto a possibilidade do exercício de moradia, pois a habitação foi destacada em favor do beneficiário, ou seja, daquele que é titular de um direito real sobre coisa alheia, o direito de habitação (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 856-857)⁷.

Este direito real pode decorrer da vontade das partes inseridas nessa relação, ou por força de lei. Como exemplo dessa última hipótese, temos o direito real de habitação conferido ao cônjuge sobrevivente, previsto no art. 1.831 do CC/02⁸.

Trata-se de disposição que, inegavelmente, enaltece o direito à moradia, inclusive numa relação privada, posto que assegura a determinada pessoa a continuidade de sua moradia após o falecimento de seu cônjuge (ou companheiro, conforme interpretação extensiva adiante explicada), implicando numa limitação ao direito dos demais herdeiros, posto que estes se verão impedidos de proceder a partilha daquele bem que servirá de moradia ao cônjuge sobrevivente⁹.

O STJ já teve algumas oportunidades de se manifestar sobre a interpretação do dispositivo que consagra o direito real de habitação *ope legis*, quando então a fez numa visão extensiva, reconhecendo a sua vinculação com o citado direito social à moradia e, por consequência (e acertadamente, a nosso ver), potencializando a realização deste direito, inclusive numa situação eminentemente particular.

Registre-se, por exemplo, que no REsp 1.134.387-SP, aquele tribunal concluiu que o direito real de habitação persiste ao cônjuge supérstite, mesmo existindo outros herdeiros exclusivamente do falecido. Assim, privilegiou-se a moradia em detrimento dos direitos de cunho patrimonial assistidos aos demais herdeiros, que a princípio não estariam inseridos na exigência de solidariedade familiar.

Em outro caso, o STJ estendeu a aplicação do dispositivo legal aos companheiros, conferindo a estes também o direito real de habitação, inobstante o CC/02 referir-se apenas aos cônjuges (REsp 821.660-DF)¹⁰. Além desta interpretação estar atrelada

⁶ CC/02, arts. 1.414 a 1.416.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, vol. 5, 9ª Ed. Bahia. Jus Podivm, 2013, p. 856-857.

⁸ “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

⁹ Registre-se que este direito é vitalício, salvo se o seu titular, voluntariamente, renunciar o mesmo.

¹⁰ No mesmo sentido é o Enunciado nº. 117 do Conselho de Justiça Federal (Jornada de Direito Civil).

aos novos conceitos de família, preconizados na CF/88, decerto que esteve também em consonância à importância de se garantir o direito social em estudo.

Vemos, pois, a Corte de sobreposição, sobre o mesmo tema (direito real de habitação), adotando interpretações voltadas para a ampla realização do direito social à moradia, reconhecendo a possibilidade deste ser efetivado inclusive em sede de relação privada.

6 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO FILHO COM DEFICIÊNCIA

Uma observação sobre o tema (direito real de habitação) merece ser posta em discussão. O CC/16 continha disposição similar ao atual art. 1.831 do CC/02. O art. 1.611 daquele diploma revogado previa, tal como o presente, o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente¹¹.

Ocorre que a Lei nº. 10.050/2000 trouxe grande avanço social ao acrescentar ao art. 1.611 do CC/16 o § 3º, estendendo o direito de habitação também ao filho com deficiência que o impossibilitasse ao trabalho.

Certamente o legislador, no mesmo ano em que a EC nº 26 inseriu no rol de direitos sociais do art. 6º da CF/88 o direito à moradia, esteve sensível à importância deste direito essencial, assegurando o mesmo, por força de lei, também a uma pessoa considerada hipossuficiente (deficiente impossibilitado ao trabalho), cuidando-se de garanti-lo ao menos um direito básico, para alguns componentes do mínimo existencial, que é ter um lugar para morar dignamente.

Não há dúvidas, repise-se, que tal previsão legislativa significou um importante avanço social, não apenas no que diz respeito ao direito à moradia, mas também de amparo aos mais necessitados.

Ocorre que o CC/02, em vias de ser promulgado na época da referida reforma legislativa trazida pela Lei nº. 10.050/00, não previu em sua versão final, talvez por sua elaboração remontar à década de 70, a mesma inovação consagrada por aquela lei.

Desta feita, até hoje, mesmo já passados dez anos de vigência do novo Código Civil, não temos nenhum dispositivo expresso no mesmo que consagre o direito real de habitação também ao filho com deficiência, tal como previra, por pouco tempo de forma expressa, o Código anterior (art. 1.611, § 3º).

¹¹ Em que pese, naquele diploma, o direito ser conferido de forma mais restrita, posto que condicionava a sua concessão nos casos de matrimônio sobre o regime da comunhão universal de bens e enquanto durasse a viuvez.

Diante disso, indaga-se: será que inexiste, atualmente, a possibilidade de ser conferido ao filho com deficiência, o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com seu(s) falecido(s) genitor(es)?

E mais: diante da inexistência deste direito de forma expressa, tendo em vista a revogação perpetrada pelo CC/02, é possível ao Judiciário conferir tal direito, ainda que isto implique em restrição a outros direitos (como o de herança aos demais herdeiros) numa relação eminentemente privatista (como o é a sucessão)?

A nossa resposta às indagações é, seguramente, positiva, o que se faz com base na busca pela realização do direito social à moradia.

Ab initio, não há como não se concluir que a revogação empreendida pelo novel Código Civil, precisamente no que tange à previsão contida no § 3º do art. 1.611 do CC/16 (trazida pela Lei nº. 10.050/2000) é inválida, isso porque violou frontalmente o princípio da proibição do retrocesso social, inerente aos direitos sociais.

Ana Paula de Barcellos, ao reconhecer aos direitos sociais uma dupla eficácia, a primeira interpretativa e a segunda negativa, explica que esta segunda nos faz concluir que “serão considerados inválidos – ou revogados, caso anteriores à promulgação da Constituição – todas as normas ou atos que o contravenham [os direitos sociais consagrado na Carta Magna]”, ensinando que um desdobramento da eficácia negativa é, justamente, a chamada *vedação do retrocesso* (2002, p. 20).

E prossegue a autora:

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é, a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando revoga-se uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar (2002, p. 21)

Nessa esteira, os direitos sociais são, para Flávia Piovesan, “direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade” (2010, p. 56).

Este princípio está diretamente ligado aos direitos sociais, posto que viabiliza que o Estado atue no sentido de sempre melhorar as condições de vida das pessoas, garantindo e realizando direitos essenciais, jamais permitindo um retrocesso dos mesmos. Esta ideia, chamada por alguns de “efeito *cliquet*”, em alusão a como a mesma é conhecida pelos

franceses¹², decorre de nossa CF/88, por força do já muito citado art. 3º, que objetiva em nosso país a constante busca pela redução das desigualdades sociais e construção de uma sociedade mais justa e solidária, de modo que é inconstitucional qualquer comportamento que se contraponha a estes objetivos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, consideramos que a revogação levada a cabo pelo CC/02, no que diz respeito à previsão então contida no art. 1.611, § 3º do CC/16, que garantia o direito real de habitação também ao filho com deficiência, é inconstitucional e inválida, posto ter representado um indevido retrocesso no âmbito de um direito social tão importante como é o direito à moradia, consagrado na CF/88, expressamente em seu art. 6º.

Desta forma, entendemos que persiste, ainda, em nosso ordenamento jurídico, o direito real de habitação ao filho com deficiência que o impossibilite ao trabalho, mesmo que haja outros herdeiros do *de cujus*, que, por força de lei, deverão abster-se de pleitear a dissolução de condomínio formado após a abertura de sucessão, vez que se deve prestigiar o direito à moradia da pessoa hipossuficiente, como forma de realização deste direito social.

Torna-se legítima, portanto, a interpretação do Judiciário nesse sentido, uma vez que o mesmo, como demonstrado ao longo deste trabalho, tem competência para efetivar os direitos sociais, mesmo em relações de cunho eminentemente privado, como é o caso do direito real de habitação.

Diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, não há como se impedir que o Judiciário apresente manifestação em consonância à realização do direito à moradia, mesmo que contraposto a outros direitos de ordem particular, vez que estes, como dito ao longo deste ensaio, devem se compartilhar às disposições da CF/88.

Destarte, acreditamos que este tipo de entendimento privilegia, com respaldo na Carta Magna, a realização de um direito social tão importante como é o direito à moradia.

¹² Como nos ensina George Marmelstein, a expressão faz “alusão a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, uma vez ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de “clic”. É como uma chave fechando uma porta, que impede o retorno através dela.” (2014, p. 279).

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.** In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-49.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos fundamentais: realização e atuação do poder judiciário.** *Revista do TRT da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo*, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul/dez/2008.
- DIAS, Daniela S. **O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais.** In *Revista Eletrônica do CEAF*. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n.1, out. 2011/jan. 2012, disponível em www.mprs.mp.br. Acesso em 15/11/2014
- FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, vol. 5**, 9ª Ed. Bahia. Jus Podivm, 2013
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas.** In CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-69.
- RANGEL, Helano Márcio Vieira, SILVA, Jacilene Vieira da. **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade.** In *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.6 n.12 p.57-78. Julho-Dezembro de 2009, disponível em www.domhelder.edu.br. Acesso em 14/11/2014
- SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf. Acesso em 15/11/2014