



SEPTIEMBRE 2015

## MORADIA, DIREITO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO BRASIL: AS TEXTUALIDADES LEGAIS E A PRODUÇÃO DE SENTIDO

Paulo Henriques da Fonseca<sup>1</sup>  
[profpepaulo@gmail.com](mailto:profpepaulo@gmail.com)

**RESUMO.** O direito social à moradia foi constitucionalizado no Brasil pela Emenda nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. A categoria jurídica “moradia” é afetada pela imprecisão entre os campos jurídicos do direito administrativo, civil-comercial e dos direitos sociais. No presente trabalho se pretenderá aplicar as linhas de elaboração de sentido adequado aquele direito dando um crédito sintático e semântico à legislação, mas sobretudo hermenêutico-constitucional, ao referenciar a “moradia” pelos termos a ela correlatos textual e literalmente presentes na legislação. Objetiva propor um marco inicial seguro na lei e de superação dos relativismos nessa construção de um sentido adequado. Atributos referenciais (da “moradia”) presentes nas leis quais sejam o valor da estabilidade e da permanência, mas sobretudo a consideração da entidade familiar como destinatária e ao mesmo tempo titular de direitos, permitem afirmar um início de densidade de sentido condição de possibilidade do operar hermenêutico.

**Palavras-chave:** Brasil - Direito à Moradia - Legislação infraconstitucional - Hermenêutica constitucional – Direitos fundamentais.

**RESUMEN.** El derecho social a la vivienda fue constitucionalizado en Brasil por la Enmienda No. 26 de 14 de febrero de 2000. La categoría jurídica de "vivienda" se ve afectada por la inexactitud entre los campos jurídicos de derecho administrativo, civil, comercial y de los derechos sociales. El presente trabajo pretende aplicar el desarrollo de líneas de sentido apropiado que el derecho que dan una legislación crédito sintático y semántico, pero especialmente hermenéutico-constitucional, la referencia a la "vivienda" por los términos del texto relacionado y ella literalmente presente en la legislación. Tiene como objetivo proponer un punto de partida seguro en la ley y superar el relativismo que la construcción de un sentido propio. Referencial atributos (la "casa") presentes en las leyes a saber, el valor de la estabilidad y permanencia, pero sobre todo teniendo en cuenta la unidad familiar como receptor mientras que el titular del derecho, nos permiten afirmar una densidad de sentido condición de arranque de la posibilidad de operar hermenéutica.

**Palabras clave:** Brasil - Derecho a la Vivienda – Legislación - Hermenéutica Constitucionales – Derechos fundamentales.

**ABSTRACT.** The social housing rights was constitutionalized in Brazil by Amendment nº. 26 of 14 February 2000. The legal category "housing" is affected by inaccuracy between the legal fields of administrative law, civil-commercial and rights social. The present work pretend to apply the lines of drafting adequate sense that right giving a syntactic and semantic credit to legislation, but especially hermeneutical-constitutional, referencing the "housing" by the terms of her textual and related literally present in the legislation. Aims to propose a safe starting point in the law and overcome the relativism that building a proper sense. Referential attributes (the "house") present in the laws namely the value of stability and permanence, but especially considering the family entity as a recipient while the rightholder, allow us to state a start condition sense of density possibility of hermeneutic operation.

**Keywords:** Brazil - Right to Housing – Legislation - Constitutional hermeneutics – Fundamental rights.

---

<sup>1</sup> Professor da UFCG – Universidade Federal de Campina Grande – Paraíba, e advogado, é doutorando em Direito (UFPE) e mestre em Direito (UFPB). Participou do Procad “Casadinho” UFPE/UNISINOS em 2013-2014. É bolsista PRODOUTORAL da CAPES.

## 1 – Introdução

O contexto do presente artigo é o do Direito afetado por *standards* conceituais e ativismos que atropelam a textualidade das leis, a pretexto de fazer justiça, e a historicidade dos conceitos e o desvelar hermenêutico que tem eixo irrenunciável no caso concreto, criticamente trabalhado no Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS, em especial a cátedra de Hermenêutica Jurídica de Lenio Luis Streck. A catilinária de Streck tem sido as ultrapassagens e derrapagens jurídicas que tendem a fazer letra morta da lei e da própria Constituição, decidindo os juristas a partir de um nebuloso (e “numinoso”) recurso à própria consciência, de valores e ponderações que eles próprios escolhem (em geral depois de terem decidido questões jurídicas cruciais) *prima facie*. Isso tudo num “mix” de recepções de conceitos divorciados das teorias, em geral, alienígenas (e conflitantes entre si, não raro) confusa e acriticamente mal amalgamadas como mero álibi cognitivo em face de real exercício da vontade. Um “estado de natureza hermenêutico” conforme Lenio L. Streck.

Um direito social fundamental como a moradia, ainda não acomodado no senso comum teórico dos juristas e no conjunto de significados *pret-a-porté* segundo reiterada crítica “leniana”, corre riscos. Comprimida entre as suas “primas ricas” a propriedade imobiliária, os bens imóveis e o domicílio formal do direito civil, o direito social e fundamental à moradia sofre ainda com o emprego administrativo e “estamental-corporativo” que ultimamente dele se vem fazendo para carregar mais privilégios nos holerites de altos agentes da república, para perplexidade das pessoas “comuns”.

A palavra “moradia” ganhou recente notoriedade (limitada, claro entre tantas notoriedades instantâneas) com a polêmica em torno do “auxílio-moradia” para membros do Judiciário e Ministério Público nas redes sociais e imprensa<sup>2</sup>. A sensação de mais um lance de apropriação de recursos pelos segmentos da burocracia estatal mais empoderada, um privilégio descabido para os agentes públicos mais bem pagos do Brasil acende um lampejo de necessidade de repisar o sentido do termo “moradia”. Este perde assim a densidade jurídica, ao menos, pois nomina uma necessidade básica de membros em desvantagem na sociedade e ao mesmo tempo um benefício para os servidores mais bem remunerados e posicionados no topo da hierarquia. Um *nomen juris* a servir de categoria comprimida entre direitos de liberdade (ilimitada para certos segmentos situados no núcleo do Estado) e os direitos de necessidade de segmentos sociais em extrema fragilidade existencial, econômica e jurídica, entre os existenciais e os patrimoniais.

Do lado do cidadão pobre os problemas são as idas e vindas do programa “Minha Casa, Minha Vida” do Governo Federal, a valorização dos imóveis e a consequente pressão do mercado imobiliário e agentes financeiros para uma regularização formal documental<sup>3</sup> que facilite o ingresso dos imóveis no mercado. Se não são elementos para, uma ainda formação de sentido jurídico para a moradia, ao menos chama atenção para conflito social presente.

A expressão “moradia” se insere no campo semântico jurídico balizado pelas categorias mais tradicionais da residência, domicílio, “lugar certo e sabido”, imóveis e família, que têm já sentidos mais consolidados, *prima facie*. Isso ao invés de contribuir para a compreensão das possibilidades jurídicas ampliadas em sentido e alcance do termo constitucionalizado no art. 6º da CF/88 produz o efeito oposto ao que seria esperado: o esgarçamento semântico e pragmático de moradia como direito fundamental. Na Constituição brasileira, a interpretação desse direito invoca recurso hermenêutico aos dispositivos do art. 1º, incisos II e III, especialmente; do art. 3º, inciso III e outros dispositivos constitucionais que assintótica e tangencialmente operam uma assunção de sentido adequado e constitucional, sem no caso concreto, deixar de recorrer aos direitos que regem o ordenamento de um país que também tem na “livre iniciativa” e “valores do capital” as bases ideológicas e de política econômica.

Os balizadores de produção de sentido coerentes com a Constituição e sua interpretação adequada remeteriam para a construção de uma ideia que adquire seu conteúdo final, jurídico e operacional, passando pelo necessário caso concreto. Mas o conjunto das leis referentes ao tema da moradia oferece, por uma delimitação de tipo secante, de especificação de sentido, o que a Constituição propõe, ou seja, enuncia de modo mais generoso e emancipatório. Em todo caso o

---

<sup>2</sup> Canário (2014) discorreu sobre isso no site do conjur. O assunto teve grande repercussão na mídia do final de 2014 até agora, gera perplexidades e escândalo na população e desconfiança e perda de legitimidade social do Judiciário e Ministério Público. O efeito “cascata” pode agravar a crise fiscal do Estado brasileiro.

<sup>3</sup> Portugal Gouvea (2012) aborda essa regularização de imóveis e retomada da economia urbana pela maior circulação de imóveis e o custo dessa formalização massiva, que recai desigualmente sobre os possuidores.

*nomen juris* “moradia” não fica ao alvedrio do arbítrio judicial, legislativo e administrativo como polêmicas atuais parecem sugerir fortemente<sup>4</sup>.

O conjunto de leis, não necessariamente “todas” e nem exaustivamente todos os dispositivos nelas que tratem tematicamente da moradia, por uma memória legislativa e constitucional, está emoldurado em procedimentos de formação e organização de normas legais. Têm, portanto a idoneidade e legitimidade *a priori* do espaço democrático de sua criação legislativa. As leis ordinárias que adentram mais “secantemente” o campo de especificação do núcleo de significação da moradia, são, neste artigo as leis 8.009/90, da impenhorabilidade do bem de família e as leis 11.977/2009, 11.481/2007 e 11.124/2005, dentre outras modificadoras e que delimitam ou complexificam o sistema normativo de acesso à moradia e sua relação de pertinência e continência com outros “direitos”, caso das leis 10.931/2004, a 8.245/1990 e a referência à moradia como residência certa, habitual, “fixa” e “conhecido”, do Direito Civil e do Direito Processual Penal.

Ainda no campo da legislação ordinária, a moradia tem repercussão no direito processual penal, como elemento conferidor de *status* mais favorável ao acusado/reú que tenha moradia fixa e conhecida. Também aqui, na sintaxe da norma o elemento “família” vem reforçar o caráter de permanência e publicidade da condição do acusado/condenado. A recente alteração do regime de “prisão domiciliar” reforça o aspecto da moradia fixa e certa como categoria jurídica do direito processual penal.

## 1 A legislação ordinária e a formação do sentido no Direito.

A legislação dita “ordinária” ou “infraconstitucional” sofre ainda hoje um violento ataque e desconstrução das práticas jurídicas calcadas nos positivismos exegético e lógico, a demonização do juiz “boca-da-lei” e a glamourização das constituições e redemocratização no pós-guerra europeu, recebido tudo isso como uma mescla pelos países periféricos. Não cabe aqui se alongar, mas o “legalismo” a vinculação estrita às legislações muitas vezes vazadas em períodos de sombria constitucionalidade e períodos de exceção, trouxe uma desconfiança à “lei” do direito liberal.

A “lei”, aqui tomada no sentido de corpo normativo infraconstitucional, a legislação ordinária em tempos de retórica constitucional, passa à condição de “patinho feio” no Direito positivo<sup>5</sup>. Mas no sistema jurídico brasileiro, tomando a dicção do Código de Processo Civil, o lugar jurídico da lei, mesmo considerando a polissemia do termo, é importante e fundamental no direito. Diz o CPC “CPC, art. 17. “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;” Na hipótese da ‘litigância de má fé’ das partes (não alcança os julgadores, que também não podem(?) julgar *contra legem* sem declarar a inconstitucionalidade da lei e outras técnicas de integração razoáveis), o “texto expresso de lei” é imprescindível no pacto democrático.

Ainda outra menção da lei reforça o seu lugar na produção da norma e efeitos na vida concreta das partes em litígios é o que diz o CPC: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: III – [...] ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; V - violar literal disposição de lei;”. Hipóteses que fundamentam a ação rescisória e a importante ruptura da “coisa julgada material”. No caso, a norma jurisdicional cede, ainda que previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI proteja a coisa julgada em face de lei que retroage, apenas e altera situação jurídica consolidada.<sup>6</sup>

### 1.1 A legislação ordinária e a atuação do Estado

No século XIX e primeira metade do século XX, especialmente, a atuação legislativa do Estado na Europa e com reflexos pela América, se dava nos moldes do direitos liberal, privatista e com um movimento de ampliação temática que adentrava no conteúdo social e político. Havia a

---

<sup>4</sup> A redução de significados a conceitos e a opacidade do direito ante os conflitos sociais, pelo discurso jurídico estereotipado de núcleos conceituais esvaziados. Warat (1982) chama atenção para a relação de poder que perpassa o discurso jurídico e que este não pode quedar ingênuo. O senso comum é uma *doxa* convertida em episteme, “opinião de ofício” executado pela prática jurídica e repetida até virar uma verdade.

Cf. Warat (1982) e a sua definição e crítica ao “senso comum teórico dos juristas”.

<sup>5</sup> A Bismarck, Chanceler de Ferro prussiano, é atribuída a frase “Quanto menos as pessoas souberem como se fazem as coisas e as leis, melhor dormirão à noite”.

<sup>6</sup> Já o inciso anterior, a mostrar o jogo de equilíbrios de uma Constituição pactuada e “congressual”, a lei cede à jurisdição “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

proeminência do Código (família, contrato e propriedade, seus eixos) mas também a força crescente das legislações “setoriais”, reguladoras das relações sob a hegemonia do Estado já mais interventor<sup>7</sup>.

No Brasil, entretanto, de modernidade tardia e tendente a recepções jurídicas em mescla de tradições e formatos alienígenas, nesse período prevalecia certo caos normativo no que diz respeito à propriedade, a codificação chegou pelo Código de Processo Penal de 1832 que inaugurou o “municipalismo judiciário” bem diferente do centralismo dos estados-nação que emergiram das revoluções liberais. As leis esparsas, como a “Lei de Terras” de 1850, ao lado do Código Comercial do mesmo ano coexistem com as “Ordenações Filipinas” até 1916, quando se tem o primeiro Código Civil. O Estado era aí predominantemente absenteísta em termos jurídico-legislativos, tanto formalmente, na produção de leis, como na aplicação das existentes. Com a República, uma tímida legislação social começa a tomar fôlego, em virtude da pressão por mais regulação jurídica, sendo notável a influência americano-europeia na cultura constitucional e legislativa do Brasil.

O surgimento e fortalecimento das legislações setoriais e especiais do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*) com forte vinculação à atividade administrativa do Estado ocupa o lugar dos Códigos e das relações jurídicas contratuais e mais tradicionais. Estas por sua vez, grandemente já imersas na praxe negocial e costumes jurídicos. A proximidade dessa legislação ordinária da burocracia estatal acusada de dela se beneficiar na vertente social do Estado que se fortalece no século XX principalmente. Alimenta-se a desconfiança ante a chamada “inflação normativa” que pode ser também judicial, mas o desprestígio da produção parlamentar delas impregnou a lei de casuísmos e ineficácia que só a Constituição heroica poderia vencer.

Parte das regras jurídicas ordinárias, nos países de fraca tradição democrática, eram decretos do Poder Executivo, a incidência delas no cotidiano das populações eram muito mitigadas, como o caso brasileiro em que as relações e práticas inoficiais e extralegis afetavam todos os campos da vida social. A “lei” era algo distante e formal, para ser aplicada aos “inimigos”, daí que provavelmente a Lei Penal fosse aquela cujos efeitos na vida cotidiana eram mais sentidos.

Os historiadores do direito no Brasil, países da América Latina e também europeus, asseguram em graus mais ou menos acentuados a baixa vinculação das leis estatuídas pelos parlamentos. Estes no século XIX e começo do século XX eram mais espaço de discussão e disputas oligárquicas, regionais, partidárias e pessoais<sup>8</sup>.

A propósito de uma periodização de modernidade político-jurídica do capitalismo, Boaventura de Sousa Santos divide em três fases, a primeira se situa no Estado constitucional do século XIX. Se caracteriza pela regulação crescente sob o predomínio do positivismo, do direito racional estimulador de regularidades, o *Rechtsstaat* de Weber (Santos, 2009) período de apogeu dos Códigos e da “Pandectas”, com forte distinção entre o direito público e o privado. Diz Santos (2009, p. 142) “A dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstractas, emanadas do Estado, que presidem a uma administração burocratizada e profissional, e que são aplicadas a toda a sociedade...” Mas isso no predomínio, em graus diversos, claro, no Ocidente, do *laissez-faire* e do Estado mínimo. Essa primeira fase da modernidade jurídico-política tinha forte assento, ao menos formal e simbólico, na ideia de lei, representada pelos “códigos”<sup>9</sup>.

Santos (2009) traça um movimento que interessa para avançar de uma “era do Código” para outras das leis especializadas, regulando novas áreas de atuação do Estado: a hiperpolitização do Direito foi condição para a despolitização do Estado, segundo ele, a tensão social foi recebida nas leis e o Estado se torna cada vez mais um gestor da mudança social normal, um consenso legislativo democraticamente alcançado. O Direito passa a guardar o sentido político e material da regulação que cresce em detrimento da emancipação, promessa moderna das revoluções liberais e burguesas, que definha ou submete-se à regulação crescente. A hiperpolitização do Direito cresce no Estado Providência, com as legislações trabalhistas, previdenciárias, a legislação social e administrativa a ela ligada, enfim. A “colonização do mundo da vida” pelo Estado e pelo Mercado se acentua.

---

<sup>7</sup> Streck (2012, p. 32) situa o positivismo normativista de Kelsen nesse segundo momento, após o positivismo “legalista” calcado na conexão lógica e sintática dos conceitos. No contexto, o poder regulador e interventivo do Estado demanda uma interpretação mais complexa do sentido mesmo das leis.

<sup>8</sup> Dolhnikoff (2004) trata bem dessa questão na forma casuística de produção de leis e atuação de grupos parlamentares regionais no Brasil pós independência, as disputas de interesse entre estados dava a tônica da produção legislativa no período imperial e republicano.

<sup>9</sup> Facchini Neto (2013) trata da importância da segurança jurídica para a propriedade no período pós revolucionário e burguês na França, experiência jurídica essa que rapidamente se disseminou na esteira das revoluções burguesas e liberais na Europa e de como foi central o papel do *Code* de 1804.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>

## 1.2 A lei a vida social, o cotidiano dos “comuns”

No período considerado “áureo” da legislação ordinária no Ocidente, de incidência interna sobre a população, entre os séculos XIX e XX, a vida social e política se passava agora dentro dos grandes “corpos políticos” os Estados nacionais, não mais os estamentos ou o feudo, o homem cidadão burguês substitui o súdito, ao menos no discurso iluminista. Este devia estar livres dos vínculos da velha ordem aristocrática e despoticamente pessoal e viver sob o manto da racionalidade do Estado e sua segurança jurídica. O *Code* era a expressão neojustinianéa da vida legislada de um modo geral e abstrato por leis impessoais. A França de Portalis em 1804 sinalizava essa revolução jurídica e legislativa.

Num ambiente jurídico-político diverso, mas perpassado pela mesma recorrência ao valor da legislação, na Inglaterra, Waldron (2003) se esmera em tratar do lugar das leis no âmbito dos ordenamentos do *Common law*. Nestes, a força da criação judicial do Direito termina por lançar uma desconfiança do direito legislado, arbitrário e criado do nada, segundo os cânones da crítica desconfiada que ali se faz. O Parlamento na Inglaterra teve um papel mais reconhecidamente político e de estratégias de gerencia de um grande império. A manifestação do Direito ali se dava pela via da prática judicial fixadora dos precedentes e o direito consuetudinário, não raro negando à Legislação o caráter de fonte do direito. Mas Waldron (2003, p. 13) é enfático: “Legislação é direito; na verdade constitui o grosso dos materiais jurídicos com as pessoas comuns vem a ter de lidar. [...] dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do estado, é em boa parte, um mundo estatutário”. Este termo indica a legislação, conjunto de leis estatuídas pela criação parlamentar e governamental que a regulamenta. A referência ao apelo cotidiano da lei pelas pessoas “comuns” por Waldron revela o lugar social e político da “lei” como uma normalidade/normatividade racional e apreensível por todos, algo então, democrático.

A lei vazada num texto, que num primeiro momento do *Code* napoleônico seria identificado matemática à norma, dispensada e mesmo vedada a interpretação por disposição expressa do mesmo, tem assim um “significante” público e controlável: o texto. A aplicação judicial era automática, subsuntiva e em nada inovava no mundo jurídico, ficava a salvo de arbítrio do julgador, o juiz *bouche de la loi*, tão somente. Texto e norma univocamente imbricados num sentido dado ou “posto”, triunfo de uma racionalidade positiva e suficiência dos conceitos legais.

Tais conceitos bem como a própria constituição “mosaica” da Lei sacralizada no *Code* estava envolta numa “região de crenças epistemológicas” que segundo Warat (1982) é o senso comum teórico, já sem seu viés de que “comum” tenha a ver com democrático, com a cidadania universalizada e isonomicamente tratada pelo poder político. A lei dos comuns que derogava “privilégios” de classe e origem propicia um quadro referencial jurídico-normativo propício à formação desse senso comum teórico dos juristas, a padronização e standardização de entendimentos que legitimam as práticas jurídicas, sem explica-las.

Andrade (2014) ao discorrer sobre as críticas de Warat ao que este denominava o *senso comum teórico dos juristas* que tende aos discursos de justificação da ordem jurídica e não de explicação da mesma, elencava entre as advertências do mestre argentino que “os diversos métodos [de interpretação tradicionalmente apresentados nos manuais] servem só para ocultar o caráter extratextual das atividades interpretativas” (ANDRADE, 2014, p. 141). Ou seja, o “texto” é marcador hermenêutico incontornável, sob pena dos decisionismos arbitrários e à revelia dos sentidos normativos participados em comum pelos juristas.

Hora (2013) apresenta a respeito do art. 27 da lei 9.868/99 da modulação dos efeitos da decisão do tribunal constitucional na declaração de (in)constitucionalidade da lei, a força política do “texto” da lei, que separada da norma, enseja a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Diz Hora (2013, p. 338) “novas técnicas de decisão para o controle de constitucionalidade que advoguem a existência apartada da norma em relação ao texto, de modo que se torne possível vislumbrar uma interpretação mantenedora do texto.”

Hora (2013) analisando as técnicas de controle de constitucionalidade na Alemanha em que se prima por respeitar os limites entre Direito e Política, entra a Jurisdição constitucional e o Legislador, aponta a força do texto legal e os expedientes ou métodos judiciais diante dele. Pelo *Apellentscheidung* se procede o “apelo ao legislador” para que retifique a lei com defeito de inconstitucionalidade e pelo *Umvereinbarkeitserklärung* se constata a inconstitucionalidade da lei sem que disso decorra a declaração de sua nulidade.

Ou seja, mesmo os regimes e ordenamentos jurídicos de “alta constitucionalidade” investem em tecnologias decisórias tendentes a respeitar os limites semânticos e integridade textual da

legislação infraconstitucional, toda ela perpassada pela presunção de constitucionalidade<sup>10</sup>. Assim sendo, o texto da lei e os sentidos originários em que ela se expressa é um marco jurídico revolucionário e irrenunciável num primeiro momento de produção da norma que lhe é distinta. No caso brasileiro, denuncia Streck (2012) de arbitrariedades diuturnas do poder, a moldura da “lei” ainda é uma blindagem necessária.

A produção de sentido, o processo de significação do texto para produção da norma, não pode ter o “ponto zero” fixado de modo a desconsiderar preliminarmente o próprio texto legal, cuja sintaxe é inarredável para o progressivo desvelar semântico-pragmático da interpretação-aplicação da norma. A literalidade/textualidade da lei não é suficiente por si mesma para traduzir o sentido requerido pela norma, mas é necessário que o texto diga algo a quem o quer interpretar, na lição de Gadamer.

## **2 – A moradia e os “direitos habitacionais”**

Os direitos são instrumentos destinados a proteger especialmente um núcleo de necessidades básicas absolutas, mediante imposição de condutas positivas (fazer, dar) ou negativas (deixar de fazer, não fazer. Historicamente a tutela das liberdades apeteceu mais ao direito que as necessidades, deixadas para a esfera econômica e existencial (política, social, familiar...). A legislação moderna dos Estados nos últimos 100 anos vem incrementando a proteção das liberdades e provendo as necessidades básicas de forma supletiva aos esforços pessoais ou mesmo os substituindo nos casos em que estes sejam insuficientes ou impotentes, ou que os bens da vida buscados sejam tão essenciais que ao Estado e sociedade se deva incumbir a sua prestação.

Nesse ponto, importa elencar elementos conceituais e textuais que permitam estabelecer o núcleo do direito à moradia, pois na cisão ideológica que se operou entre direitos civis e políticos (de “primeira geração”) e os direitos sociais, econômicos e culturais (de “segunda geração”) aliado às condições econômicas de afiliação ao sistema capitalista de produção, o direito à moradia entra em colisão com os de propriedade, por exemplo. Este, de mais assentada legitimação e justificação pelo “senso comum teórico dos juristas” e aquele, o de moradia, de menor justiciabilidade ou exigibilidade judicial.

### **2.1 – Direito social à moradia**

O direito social à moradia refere-se ao fato da necessidade de o ser humano individual e em família ter um lugar para “permanecer”, em segurança e partir daí poder fruir os bens da vida em sociedade. É um direito “de igualdade” e social<sup>11</sup> e como tal, necessária a referência a um terceiro externo, a lei e o Estado que o regulamentem: não pode ficar no âmbito do contrato puro e simples entre indivíduos<sup>12</sup>. Nesse diapasão, o tema da moradia entrou no texto constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 26/2000, passando a integrar o rol dos direitos sociais no art. 6º da Constituição de 1988.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Nessa topologia constitucional, listam-se (alguns) direitos prestacionais da população visando suprir necessidades básicas existenciais com intervenção e protagonismo do Estado, com níveis

---

<sup>10</sup> No Brasil, no julgamento do HC n. 82.959/SP em 2006, em se de controle difuso de constitucionalidade da Lei 8.072/90, o STF deu efeito *erga omnes*, só possível em controle concentrado (a proibição de progressão de regime da “Lei de Crimes Hediondos, é agora inconstitucional), após 13 anos de “estado de natureza hermenêutico” de decisões judiciais desencontradas. O STF no caso descumpriu o artigo 52, X da Constituição federal que dá ao Senado essa incumbência. Cf.. STRECK, 2007.

<sup>11</sup> Muito embora sua proteção e prestação se dê na integralidade do Direito que não distingue, para efeito de escusa, os civis e políticos dos sociais, os patrimoniais dos existenciais, conforme Abramovich;Courtis (2004) e Pisarello (2007) superada a “esquizofrenia” na economia interpretativa dos direitos humanos e fundamentais.

<sup>12</sup> Comentando o capítulo 6 da obra de Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Fonseca (2014) chama atenção para um dos fundamentalismos dos direitos humanos, o “messianismo” que prega uma igualdade sem referência a um terceiro (Deus, sociedade, lei...) e que parte de uma crença no contrato em bases estritamente sinalagmáticas entre pessoas tomadas como um “página em branco” quanto ao seu estado.

variados apenas quanto às urgências e contingências de vulnerabilidade, maior por exemplo, nas situações de calamidades e emergências. São enunciações que pressupõem uma fragilidade do indivíduo e do seu grupo de proximidade existencial em enfrentar as vicissitudes temporárias e episódicas da vida ou as carências crônicas que os tornam vulneráveis. A Constituição não distinguiu entre elas na enumeração do artigo 6º.

Na lição de Streck (2014, 2012 et passim) considerando a vigência de uma ordem jurídica encimada pela Constituição, esta deve fornecer os parâmetros necessários para a interpretação das leis e produção das normas para os casos concretos, daí que na mesma Constituição estão outros ícones normativos necessários ao deslinde semântico desse direito social: no artigo 1º, dos fundamentos do Estado a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III); no artigo 3º dos objetivos fundamentais da República, uma sociedade livre, justa e solidária, tendo o desenvolvimento (inciso I), a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades (inciso III) e a não discriminação (inciso IV) como eixos dessa construção que se pretende a partir da Carta constitucional. Não estão os “direitos” assim destituídos de parâmetros para sua interpretação e que são veiculados na própria Constituição, textualmente, lembra Streck.

O direito de moradia, social e vinculado ao plano da igualdade jurídico-política, se vê tangencial e assintoticamente aperfeiçoado em seu conteúdo e contornos descritivos se acrescentados a proteção à pequena propriedade familiar, tornada impenhorável pelo artigo 5º, inciso XXVI, gravada pela “função social” no inciso XXIII do mesmo artigo 5º. O artigo 47 protege a moradia do devedor junto com os seus instrumentos de trabalho e produção e na dicção do artigo 183, *caput*, a moradia tem proeminência sobre a propriedade imobiliária urbana, no caso da usucapião especial trazida pela Constituição. Diz Streck (2012, p. 52):

Ora é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional – algo que Jon Elster chama de *pré-compromisso constitucional*. Ou seja, no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa.

Assim sendo, pugnado por uma crescente vinculação e irradiação da Constituição sobre o ordenamento interno, a hermenêutica constitucional no que diz respeito à moradia resulta decididamente protetiva e prestacional, garantido esse direito em face da tradicional (mas não contra) os direitos de propriedade, da livre iniciativa e do capital. No plano externo, por exemplo, o direito de “asilo” que a República recepciona em face aos estrangeiros (artigo 4º) reforça o desenho jurídico e político protetivo de um lugar de permanência e tranquilidade, o abrigo, a moradia, dentre tantas outras menções da Constituição (artigos 7º, IV; 23, IX; 21, XX; 187, VIII; 191; 243; ADCT, art. 79).

No artigo 5º a definição do inciso XI da “casa” como asilo inviolável do indivíduo poderia ser a cereja do bolo hermenêutico para festejar o lugar de destaque desse direito que transita dos sociais aos econômicos e garantia fundamental da pessoa humana, o de moradia.

## **2.2 – A moradia na legislação ordinária pós Constituição de 1988.**

O evento constitucional pode ser mera figuração em termos normativos, numa sociedade burocratizada de “cidadania regulada”, conforme Santos (1979) onde a ordinariiedade normativa está mais assentada nas práticas jurídicas. O que Streck (2012) chama de “baixa constitucionalidade” a colocar a legislação ordinária, infraconstitucional como fundamentos da apreciação jurídica e manejo discursivo mais cômodo pelos juristas, resquícios do positivismo. Por isso mesmo, uma resposta adequada no quesito jurídico “moradia” precisa buscar aí, *down stairs* no andar-de-baixo normativo, subsídios semânticos.

A moradia regular segundo o conceito de “residência fixa” e “conhecida” é mencionada no Código de Processo Penal, artigos 319, inciso V; 352, inciso IV; 365, inciso II e artigo 514, sempre agregando a esse fato benefícios e tratamento mais favorável ao acusado ou sentenciado na ação penal. A moradia certa, conhecida e estável irradia seus efeitos benéficos inclusive aí. A estabilidade e localização certa da pessoa induz a importância da moradia como fato e direito inclusive nessa esfera dada a integralidade do direito no tocante a sua aplicação e ocorrência ainda que em variados campos em que se subdivide e especializa. A prisão domiciliar, prevista no artigo 317 do mesmo CPP



por motivos de idade, saúde e família também se escora nessa situação jurídica de posse estável (e conhecida) de um lugar para residir, interferindo diretamente no *status civitatis* da pessoa alcançada pela Lei Penal.

No Código Civil, a moradia é mencionada expressamente no artigo 1.225, inciso IX, a inclusão da concessão especial de uso para fins de moradia no rol dos direitos reais, e mais abundantemente a referência à moradia está nos dispositivos referentes à usucapião (artigos 1.238 a 1.240-A). É notório na dicção desses o caráter de habitualidade (“moradia habitual”) e a “familiaridade”, o imóvel usucapiendo não o é destinado à titularidade de um indivíduo em primeiro lugar, mas o atendimento a uma necessidade da família como titular de direito. Isso se reforça inclusive no novo artigo 1.240-A que dá a usucapião “familiar” para o “cônjuge que permanece” no imóvel. No artigo 1.583, § 3º, a moradia também define direitos no tocante a guarda compartilhada de filhos: fica com eles o cônjuge cuja moradia melhor servir aos interesses dos filhos, independente de outras qualidades individuais.

Esse conjunto de sentidos jurídicos sinalizados pela “permanência e estabilidade” e “família”, contrastam, por exemplo, com a finalidade de regularizar um imóvel, em nome individual, para mais facilmente lançá-lo no mercado de imóveis, interesse subjacente da propriedade liberal absoluta e livre de vinculações da ideologia proprietária corrente. Esse ideário da propriedade exclusiva e excludente, de livre disposição pelo titular não condiz com a destinação social reforçada com o ingresso do direito à moradia e corolário disso, o novo sentido que dá à propriedade imóvel.

Reforçando esse parâmetro da construção de sentido textualmente fornecido pelo Código Civil, os artigos 70 e 73 definem e o “domicílio” pelo “ânimo definitivo” e a “residência” a que seja “habitual e atual”. No Código Civil a moradia, traduzida em domicílio e residência, é condição de visibilidade e identificação civil da pessoa, integra, portanto, o seu núcleo existencial fundamental e sua condição de sujeito de direitos, nesse ponto a lei ultrapassa o aspecto meramente patrimonial e disponível do imóvel de moradia. As fixações categoriais em abstrato encontram já no enunciado abstrato da lei uma “dobra de sentido” que impede uma ingênua fixação de significado apodítico.

Em 1990, a Lei do Bem de Família, lei 8.009/90 gravou de impenhorabilidade o bem imóvel residencial usado de fato pelo casal ou entidade familiar como lance de proteção. A moradia protegida nessa lei há de ser a “única” ou a de “menor valor” e ainda a “mais antiga” possuída pela família. Nessas caracterizações da moradia protegida já se configuram o imóvel residencial assim grava de impenhorabilidade como distinto da propriedade apta ao comércio jurídico pela pluralidade de bens havidos pela família.

A de “menor valor” quando houver mais de um imóvel entre os bens da família, no caso os titulares do bem e a “mais antiga” moradia protegida indicam um sentido de proteção ao bem jurídico mais afetiva e existencialmente passível de fruição pela família, sem que possa por isso mesmo, afetar negativamente direitos do mercado e do Estado. Aqui se quis proteger os direitos creditícios e tributários do Mercado e do Estado em cuja fonte da obrigação se afigure o próprio imóvel e as relações familiares, caso do pagamento de pensão alimentícia (artigo 3º elenca as ressalvas à impenhorabilidade) e o ilícito penal do qual se beneficiou a família. Estranhamente a execução de fiança também foi recebida como ressalva à impenhorabilidade do bem de família do fiador, alterada a Lei 8.009/90 pela Lei do Inquilinato, a Lei 8.245/91, nesse ponto.

A lei assim considera titular do direito a família enquanto residindo estavelmente num único imóvel e de preferência mais antigo ou que tenha sido registrado para esse fim. Os direitos dos credores ficam garantidos de outras formas e lei elenca várias ressalvas de penhorabilidade, pois ela tem uma *ratio legis* ainda debordando para o campo civil-comercial, com proteção contratual da entidade familiar, dentro ainda da trilogia do Code (família, contrato e propriedade).

Outra lei que tematiza a moradia mas ainda dentro da teleologia jurídico-econômica de matriz mais econômico que social é a Lei 9.514/97, da alienação fiduciária de imóveis, visando favorecer o financiamento e circulação dos bens, essa lei refere-se a moradia apenas numa passagem, não menciona a família como titular de direitos sobre o imóvel, o mesmo acontecendo com a Lei nº 10.931/2004, do crédito e incorporações imobiliárias, tendo inclusive alterado o Código Civil.<sup>13</sup> A tributação, crédito e a propriedade imóvel como mercadoria, são os focos desses dois diplomas legais. As leis 10.188/2001 e 10.859/2004 (de arrendamento de imóveis residenciais) trataram o imóvel residencial também no foco da facilitação do comércio jurídico via mercado imobiliário predominando sobre a fruição dela como direito social titularizado pela entidade familiar.

A transitividade do fato da moradia entre os direitos mais patrimoniais e os existenciais radicam-se primeiramente na filiação fundamental do estado brasileiro no sistema da livre iniciativa,

---

<sup>13</sup> Wambier,(2005) trata do conflito contratual dos devedores do crédito imobiliário e a coexistência do direito fundamental à moradia e o respeito aos termos dos contratos de financiamento, cujo adimplemento geram condições de crédito mais favorável para os que demandam moradia por meio do financiamento imobiliário.



dos valores do mercado, o capitalismo, enfim. A dimensão da proteção social será objeto de um agir estatal sempre híbrido com os valores e interesses do mercado, ainda que a eles se vincule dentro de uma gradação mais ou menos variável. Esse hibridismo é muito acentuado no caso da moradia, da realização dos direitos habitacionais, com os grandes investimentos de agentes econômicos e financeiros nas construções em larga escala de habitações, as quais envolvem necessariamente as instituições da propriedade e do crédito.

Mas as leis 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e a 11.977/2009 que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida<sup>1</sup> labutam o conceito de moradia, família e interessadamente dão relevo ao papel da mulher como titular do bem imóvel destinado à moradia como a que melhor garante a destinação e finalidade buscada pela lei: a permanência da entidade familiar em lugar certo e seguro de moradia.

Essas leis mais calcadas na moradia como direito social e destinadas a prover as pessoas sem recursos e meios para adquiri-las, inclusive utilizam com mais generosidade dos termos “família” (42 vezes na lei 11.977/2009 e 5 vezes na 11.124/2005), “moradia” (14 vezes na 11.977/2009 e 9 vezes na 11.124/2005) e “mulher” (5 vezes na lei 11.977/2009 e 2 vezes na 11.124/2005), mas o fazem numa linha de coerência com o restante da legislação, civil, penal, como já ilustrado antes, não é excentricidade textual da nova legislação.

Aqui se tem uma produção legislativa mais afinada à moradia como direito social e que na caracterização dos agentes e beneficiários (novos) titulares, bem como no bem jurídico a ser prestado, presentes estão as inovações jurídicas que são o titular entidade familiar e dentro desta a mulher (que em situações jurídicas mais ortodoxas poderia resultar numa inconstitucionalidade material do dispositivo legal, pela quebra da igualdade entre os sexos) como polo estabilizador, a maior proteção dos direitos existenciais antes que os patrimoniais dos agentes econômicos e financeiros envolvidos.

### **3. A hermenêutica constitucional e o sentido adequado de moradia.**

A tese de Lenio Streck em sede de hermenêutica constitucional é a de a Constituição fornece os elementos de significação capazes de, em face do caso concreto, desvelar o sentido adequado do direito. Este não pode ser reprodução do senso comum teórico que renuncia a pensar, nem ato de decisão arbitrário (*plus* da discricionariedade decisória facultada aos julgadores) e tem balizadores idôneos que devem ser levados em consideração, no caso se elencou a sintaxe e a semântica em que a legislação ordinária traduziu a moradia e suas características jurídicas mais qualitativamente recorrentes e adequadas. Assim, a fixação de sentido jurídico de um direito não pode se arvorar a partir de um “grau zero” arbitrário e imerso na subjetividade livre de amarras e de referências, nem no chamado “senso comum teórico dos juristas” que diante de uma categoria nova e que traduz a conflitividade social, sequer teria uma definição estável. Streck (2012a) assim o conceitua:

vem a ser, assim, esse conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de Direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.

O amplexo filosófico de base para a hermenêutica, com ela mesmo se identificando, é no autor bastante sofisticado passa pelo situar-se no mundo, fazer emergir as pre-compreensões que contemplem fatos e normas, sendo bem categorial para o jurista, a inserção num corpus normativo encimado por uma Constituição e um ideal/real democrático quanto ao modelo de sociedade e Estado que ela visa organizar. A interpretação assim posta é um ato integral, unitário ainda que em termos de construção discursiva, vá desvelando os sentidos e construindo significados mais densos progressivamente, mas tendo os elementos todos presentes: as normas, o caso concreto, os limites dos conceitos envolvidos e sua tensão entre os níveis hermenêuticos e apofântico (a dissintonia entre os níveis da elaboração e da manifestação/expressão, que devem vir nessa ordem).

A literalidade dos conceitos em que é vazada uma lei não traz por si só a segurança de significado (apofântico) que proporcione uma aplicação automática ou a lhanza da subsunção lógica, nem a sintaxe e nem a semântica são *mansas e pacíficas* como sugerem o bordão judicial. Conforme Streck (2012, p. 35) literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que a dimensão abstrata dos signos não tem o condão de transformar em “enunciado”. E o problema hermenêutico que urge enfrentar é o do “contexto no qual a enunciação tem sua origem” e nunca a supressão da literalidade da lei, que como já antes afirmado fere o pacto democrático, nas palavras daquele autor.

No caso da moradia, abstraído da análise as particularidades do caso concreto, o conjunto de tematizações das categorias jurídicas pertinentes (lar, casa, domicílio, residência, imóvel, família) e suas qualificadoras semânticas e pragmáticas (“conhecida”, “atual”, “habitual”, “com ânimo de permanência”, “impenhorabilidade”) dão conta sim de um núcleo de significação adequado, ao qual se incorporam outros elementos conforme o caso concreto aproxime a *questio juris* dos direitos patrimoniais ou dos existenciais. Mas a legislação por uma curva de pontos assintóticos exclui o “grau zero” de sentido jurídico da expressão “moradia”, de modo a lançá-lo no caudal do “estado de natureza hermenêutico” e daí a toda sorte de relativismos e decisisonismos no trato desse direito fundamental.

Conceitos e categorias divorciados das teorias que os propuseram, operando a produção de *standards* interpretativos que se presumem autossuficientes de sentido, geram o “mito do dado” que acomodam os juristas na simplificação. De resto a morosidade e formalidade da burocracia judicial logrará “pacificar” o conflito desigual entre os detentores do sentido e os que sentem o problema. A moradia como *nomem juris* com estirpe constitucional não pode ser reduzida ao *flatus vocis* nominalista e nem no extremo oposto entificado como conceito apofântico. E o conjunto da legislação em sede mesma da interpretação sistemática que vá à busca de significação adequada pela agregação de literalidades e signos convergentes, fornece tais subsídios semióticos, são condição de possibilidade das categorias jurídicas dinamizadas para além do dado conceitual estático.

A expressão jurídica está imersa na elaboração teórica dos direitos sociais, cuja elaboração vem sendo tecida na série de pré-compreensões que vem da Declaração Universal dos Direitos Humanos, DUDH, artigos XII, XIII e XVI o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 11º do PIDESC, de 1966 ratificado pelo Brasil em 1992, em se chamando o socorro normativo dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos. A moradia está pois conceitualmente situada numa teoria dos direitos humanos que por sua vez se assenta em instrumentos jurídicos vinculantes, como o caso do PIDESC e dos tratados das agenda “Habitat” das Nações Unidas, em plena e progressiva exigibilidade de seu cumprimento pelo Estados que o ratificaram.

Insito ao papel da teoria constitucional na elaboração de sentidos normativos adequados considerando o emprego literal do *nomem juris* na legislação infraconstitucional é a característica analítica e com amplitude temática de constituições como a brasileira. O que restaria para a legislação? A questão vale sobretudo para a legislação recepcionada, anterior à Constituição de 1988, mas a interpretação sendo um ato também político, pode se dar desconsiderando a legislação, desde que não o faça em detrimento da democracia. Afirma Streck (2010, p. 163):

Se foi diminuída a liberdade de conformação do legislador, através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do “poder” da legislação venha a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito. (Streck, 2010, p. 163).

Na questão abordada no presente artigo, ao contrário, a definição nuclear de moradia inserida no artigo 6º dos direitos sociais foi até mesmo ampliada na legislação pós Constituição. Considerando a inclusão nele do direito à moradia em fevereiro de 2000, vê-se que a legislação posterior incorporou à economia de significações e parâmetros de caracterizações que incluíam a “família”, o lugar da “mulher” como estabilizador, considerando a menção textual à “maternidade” e a “infância”<sup>14</sup> como titulares da proteção social, o legislador foi acertadamente coerente. A forma legal, então, recebeu as relações sociais reais do entorno, restando a esperança de que o senso comum teórico dos jurídicos acomodem esses avanços retirando os *standards* dos entendimentos jurídicos correntes de cunho

<sup>14</sup> Relembre-se aí as disposições *pro infante* da inovação do artigo 1.583. §3º do Código Civil e da Lei nº 12.415/2011, que afasta o agressor de criança e adolescente da moradia comum e a usucapião familiar do artigo 1.240-A daquele Código, em favor do cônjuge que permanece no imóvel.

patrimonialista e alienado das reais disputas de força na sociedade. Desse modo, é a “situação hermenêutica do intérprete” fechado ou não na comunidade convencional de sentidos controlada pelas instituições e praxe jurídicas, que vai determinar a maior ou menor capacidade interpretativa e integrativa do direito. Diz Streck (2010, p. 167):

Vale dizer, os princípios gerais do direito não possuem força deôntica, mas são acionados apenas em casos de “lacunas” ou de obscuridade da previsão legislativa (esses dois fatores – lacuna e obscuridade – decorrem muito mais da situação hermenêutica do intérprete do que exatamente da legislação propriamente dita). São axiomas criados para resolver os problemas decorrentes das insuficiências ônticas dos textos jurídicos.

No tocante à moradia, evoca-se aqui a hipótese que pode suscitar uma lacuna em vista da aparente antinomia que os fatos e doutrina já vêm ilustrando: da formalização do imóvel destinado à moradia e sua regularização para fins de lançá-lo no mercado imobiliário, em geral por um interessado individual<sup>15</sup>. Trata-se de (re)transformar “moradia” em “propriedade imóvel”, um direito social já tributário de grande investimento jurídico e político na linha dos parâmetros constitucionais em vetusto direito patrimonial, fazendo-o refluir para a condição de plena disponibilidade sob o domínio exclusivo de um titular individual.

Os casos mais que apenas hipotéticos, demandam uma performance hermenêutica mais aprimorada dos juristas em especial titulares da decisão jurídica, os juízes que em vista da expansão da titularidade do bem imóvel de moradia para além do sujeito individual, não exija apenas a formal e vazia “outorga uxória” para alienação de bens. Daí ser pertinente Streck (2010, p. 168) ao afirmar que “a principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação.”

A interpretação/aplicação que excluir o dado de permanência e segurança da entidade familiar como titular também de direitos habitacionais sobre o imóvel, haverá que ser bem fundamentada não só normativa mas faticamente, em vista do escopo protetivo da interpretação de moradia mais adequada à Constituição e que se choca, por exemplo com o disposto no Código Civil, “Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; [...] VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;”

Esses pontos de tensão mais que antinômicos, revelam a esquizofrenia jurídico-política e mais que uma baixa constitucionalidade, uma baixa racionalidade do sistema legal, mas ainda assim, no citado acima dispositivo, o “podem” textualmente abrindo o *caput* abre-se a uma atribuição de sentido justo e adequado ante a proteção ao direito que se afigura mais quantitativa e qualitativamente ancorado em toda a legislação e encimando-a, a Constituição. Ou seja, entre o céu e a terra hermenêuticos se pode, muito mais do que se imagina, operar e aplicar o “adequado” juridicamente falando, no ambiente de um Direito democrático, corrigindo as insuficiências ônticas do direito sem apelar pra outras insuficiências.

#### 4. Considerações conclusivas

Novos direitos e novos desafios podem e devem ser enfrentados com novos olhares, mesmo que se mirem vetustas contribuições com olhar novo, fazendo-as novas também. No caso dos novos direitos como o de moradia, antes de dá uma “pedalada na lei” como já bem denuncia Streck a guisa do que vem ocorrendo diuturnamente no Brasil, convém deixar o texto legal falar ao intérprete. É que há uma racionalidade caleidoscópica produtora de leis, um sentido ou conjunto deles perpassa e sinaliza para uma miríade de signos, a abrigo dos subjetivismo e voluntarismos.

A legislação infraconstitucional, que ataca pontos específicos da vida social e têm que se localizar numa perspectiva harmônica de sentidos do ordenamento jurídico são aptos a fornecer os parâmetros de interpretação. A velha interpretação sistemática, se parametrizada pela Constituição pode ao menos sem o ponto de partida mais que ilustrativo das opções normativas democrática e racionalmente vividas por uma sociedade. O conjunto de sentidos ordinários e múltiplos que deborda do conjunto legislado “constitui” uma *Weltaanschauung* sincrética mas que a síntese e substancialização da Constituição enforma adequadamente.

---

<sup>15</sup> As novas configurações de família, inclusive formada por um só indivíduo e que são bastante festejadas como avanço jurídico e ingresso na modernidade, podem ensejar um reforço do individualismo possessório.

A moradia como direito dúctil e esgarço ainda, recebe não da *mens legis* e menos ainda da *mens legislatoris*, mas do conjunto textual e ordenado do *corpus* das leis, os seus balizadores jurídico-hermenêutico adequados: é casa-abrigo inviolável, do indivíduo e sua família, estabilizada a permanência e tornada conhecida, atual e habitual e não subtraível do domínio daquela entidade familiar, a não ser por outros superiores ditames jurídicos trazidos pelos casos concretos.

Os subsídios semânticos e sintáticos fornecidos pela legislação corrente e coerente, dão conta de suprir, ainda que num plano preliminar ou de pre-compreensão dos problemas, eventuais e arriscados axiologismos e ativismos judiciais. As inovações jurídicas que decorrem da densificação de sentido da moradia como categoria estabilizada nos direitos fundamentais, propõem um novo e questionador olhar sobre a formal outorga uxória, a regularização dos imóveis para fins de lançá-los no mercado imobiliário, proteger as formas jurídicas de direitos reais que garantam a permanência e estabilidade do grupo familiar em detrimento daquelas que lhe fragiliza.

## 5. Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prologo de Luigi Ferrajoli. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 255p.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. 2014. Proposições para uma teoria hermenêutica do direito do trabalho. In : *Revista Acadêmica*. Faculdade de Direito do Recife. Vol. 86, N.1, 2014. p135-164

CANÁRIO, Pedro. 2014. Juízes do Brasil têm direito a auxílio-moradia de até R\$ 4,3 mil, decide CNJ. In: <http://www.conjur.com.br/2014-out-07/cnj-aprova-resolucao-pagamento-auxilio-moradia-juizes>.

DOLHNIKOFF, Miriam. 2004. A regionalização do jogo político: elites e poder legislativo no Brasil do século XIX. In: *Revista Novos Estudos – CEBRAP*. N. 70. Novembro, p33-49.

[http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca\\_virtual/DOLHNIKOFF\\_A%20Regionalizacao%20do%20Jogo%20Politico.pdf](http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/DOLHNIKOFF_A%20Regionalizacao%20do%20Jogo%20Politico.pdf)

FACCHINI NETO. Eugênio. 2013. *Code Civil* francês: gênese e difusão de um modelo. In: *Revista da Biblioteca Digital do Senado Federal*. Ano 50 n. 198 abr./jun. P. 59 – 88.

FONSECA, Paulo Henriques. 2014. Vincular (unir) a humanidade: o bom uso dos direitos humanos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 6(3)., outubro-dezembro 2014. p325-335.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. 2012. Regulação da Propriedade Privada: Inovações na Política Agrária e Redução dos Custos de Equidade. In: SALOMÃO FILHO, Calixto.. (Org.). *Regulação e Desenvolvimento - Novos Temas*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, v. , p. 158

HORA, Graziela Bacchi. 2013. Desenvolvimento da hermenêutica constitucional na Alemanha a partir de Weimar e sua repercussão como flexibilização dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade. in : *Revista Acadêmica*. Faculdade de Direito do Recife. Vol. 85, N.2. p329-356.

PISARELLO, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 140 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 2009. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7 ed. São Paulo: Cortez, 415 p.

STRECK, Lenio Luis. 2007. Hermenêutica e aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos. P. 107-128. In: SANTOS, André L. C; STRECK, Lenio. L; ROCHA, Leonel Severo (orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Anuário 2006. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: UNISINOS, 247 p.

\_\_\_\_\_. 2010. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. In. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 15 - n. 1 - / jan-abr 2010. p. 158-173

\_\_\_\_\_. 2012. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 639 p.

\_\_\_\_\_. 2012a. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(2):185-192.

\_\_\_\_\_. 2014. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 455 p.

\_\_\_\_\_. 2015. Brasil revive escola do direito livre. <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>

WALDRON, Jeremy. 2003. *A dignidade da legislação*. Trad. Lus Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 213 p.

WAMBIER, Luis Rodrigues. 2005. Os arts. 49 e 50 da lei 10.931/2004 e o direito fundamental à moradia. In: *Scientia Juris*. V, 09. Londrina, p15-22.

WARAT, Luís Alberto. 1982. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: *Revista Sequencia*. Estudos jurídicos e políticos. V.03 n. 5 (1982). P48-57.  
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em 04.07.2015.