

MORADIA VS. PROPRIEDADE: A ADPF 828/DF E A PROTEÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA À LUZ DA PROPORCIONALIDADE¹

DWELLING VS. PROPERTY: ADPF 828/DF AND THE COUNTERMAJORITARIAN PROTECTION IN THE PANDEMIC BASED ON PROPORTIONALITY

Mônia Clarissa Hennig Leal ·
Lucas Moreschi Paulo ·*

RESUMO

Por meio da revisão bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, trata-se de estudo acerca da colisão de direitos fundamentais ocorrida entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade no cenário da crise sanitária da COVID-19 e dos efeitos do *lockdown*. Primeiramente se fará o desenho da crise econômica pandêmica, bem como da importância da decisão da ADPF nº 828/DF, que relativizou o direito de propriedade em prol dos direitos à moradia e à saúde. Após, apresenta-se o teste da proporcionalidade como uma ferramenta apta a analisar a correção da ponderação realizada, sobretudo a partir da natureza dos direitos colidentes. Assim, munidos desta ferramenta analítica, a partir do dever objetivo e ativo de proteção estatal aos direitos, com peso ainda maior ao papel contramajoritário de tutela aos hipervulneráveis e estruturalmente desiguais, deverá se verificar como a ADPF 828, e a Lei nº 14.216/2021 cumpriram seu papel no momento de crise.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ADPF 828; colisão de direitos fundamentais; direito à moradia e direito de propriedade; pandemia.

ABSTRACT

Through the literature review, using the deductive method, it's a study about the collision of fundamental rights between dwelling and property in the scenario of the COVID-19 health crisis and the effects of the lockdown. First, the pandemic economic crisis will be drawn, as well as the importance of the ADPF decision nº 828/DF, which relativized the right to property in favor of the right to housing and health. Afterward, the proportionality test is presented as a tool capable of analyzing the correction of the proportionality scrutiny, especially from the nature of the conflicting rights. Thus, equipped with this analytical tool, based on the objective and active duty of state protection of rights, with an even greater weight to the counter-majoritarian role of guardianship of the hyper vulnerable and structurally unequal, it should be verified how ADPF 828, and Law nº 14.216/2021 fulfilled their role in the moment of crisis.

¹ Apoio: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), CNPq e FAPERGS.

* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Unisinos. Professora do PPGD da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>, e-mail: moniah@unisc.br.

** Doutorando em Direito no PPGD da UNISC, bolsista do PROSUC da CAPES. Mestre e graduado em Direito pela FMP, com bolsa institucional do PPGD. Pesquisador do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>, e-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

Key-words: tradução das palavras-chave para o inglês ou outro idioma.

INTRODUÇÃO

Diante do novo cenário mundial de combate e prevenção à pandemia causada pela COVID-19, nota-se a necessidade de maiores reflexões sobre as alterações já ocorridas e que ainda ocorrerão por conta desse fenômeno sanitário de impacto global. A nova realidade implica mudanças que começaram a ser sentidas desde o início da pandemia, tanto na esfera privada da vida, no âmbito de proteção aos direitos individuais, quanto na própria concepção de direitos. Em especial, foca-se na questão da relação tensional entre o direito de propriedade, considerada sua função social, e o direito à moradia adequada, que ganha especial relevância frente às medidas de *lockdown* que promoveram restrição de circularização das pessoas. A solicitação, portanto, para que as pessoas ficassem em casa, sobretudo sob a ameaça de sanções, pressupõe a existência de um lugar, ainda que temporário, para chamar de lar. Assim, está-se diante de uma colisão de direitos fundamentais, quando das práticas de medidas de isolamento social.

Uma das medidas adotadas para a contenção do contágio pelo SARS-COV-2 foi o chamado *lockdown*, isto é, a impossibilidade da livre e irrestrita circulação de pessoas em ambientes públicos, como ocorre em momentos de “normalidade”. O *lockdown* visa à satisfação do direito fundamental coletivo à saúde coletiva e tem por medidas mais comuns a quarentena e o isolamento social. Importante ressaltar que o Brasil seguiu as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e adotou uma multitude de medidas de enfrentamento, embora estas aqui comentadas tenham sido as mais recorrentes. De modo que, por conta de questões de macro e microeconomia, que aqui não cabe aprofundar, e serão tomadas como uma premissa epistêmica do problema de pesquisa, houve severa recessão econômica, com a falência de empresas, a redução da oferta de empregos, o aumento do preço de alguns insumos, inclusive com a alta do IGP-M, índice utilizado para corrigir o preço dos aluguéis, chegando o acumulado de 12 meses, em maio de 2021, a 37,04%².

Assim, com a pandemia, ficou mais caro viver e mais difícil custear a vida, o que, fatalmente, atinge de forma mais intensa as pessoas com menor faixa salarial, sobretudo os profissionais autônomos de serviços, microempreendedores e trabalhadores de ramos diretamente atingidos pela pandemia. Dessa forma, é imperioso analisar como o direito pode tutelar as relações cível-constitucionais de locação de imóveis, achando um meio termo adequado e otimizado entre os dois direitos fundamentais indicados. Acrescenta-se a questão a ADPF nº 828/DF, ajuizada em abril de 2021 pelo Partido Socialismo e Liberdade, que tinha como plano de fundo a campanha “despejo zero”, em face dos indicadores de 9.156 famílias até então despejadas durante a pandemia, em 14 estados, bem como outras 64.546 famílias ameaçadas de despejo.

² Fonte disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/igpm-maio-2021>. Acesso em 09 de jul. 2021.

Observa-se, assim, que tanto juridicamente quanto faticamente havia motivações suficientes para que o Poder Judiciário, através de seu órgão ápice, o Supremo Tribunal Federal, se manifestasse acerca da situação, decidindo sobre a restrição do direito à moradia e à saúde desses vulneráveis habitacionais, ou do direito de propriedade de locadores imobiliários em tempo adequado e proporcional às medidas de restrição de circulação de pessoas.

Para que se estabeleçam restrições a direitos fundamentais, faz-se necessária extensa argumentação no sentido de justificar a medida adotada, bem como proteger o núcleo desses direitos, que não podem ser suprimidos, e sim relativizados em face do caso concreto.

Assim, o tema é atual, merece um estudo crítico e correlacional entre os parâmetros mínimos necessários para a correção das decisões judiciais que tratem sobre direitos fundamentais, as medidas tomadas – sobretudo acerca do *lockdown* – que ocasionaram grandes repercussões em terras brasileiras, ainda que tomadas sob o jugo da segurança sanitária e do enfrentamento à COVID-19. E, mais importante, como decorre logicamente da exigência do isolamento social que se tenha a garantia de uma moradia adequada ao menos no período pandêmico mais intenso.

O direito da crise pandêmica, os direitos fundamentais e a ADPF 828/DF

Após o início das movimentações do poder público para o combate à pandemia do novo coronavírus, inclusive com a decretação do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo do Congresso Nacional nº 6, de 2020), instrumento nunca antes utilizado no Brasil – que objetivou legitimar um gasto público maior do que o previsto na Lei Orçamentária Anual na área da saúde, e a possibilidade de desobediência da meta fiscal em virtude das ações emergenciais de combate à pandemia – o Estado adotou providências de caráter excepcional para a contenção do aumento no número de casos de pessoas infectadas pela doença. Ocorre que tais providências, por vezes, ferem garantias individuais e direitos fundamentais constitucionalmente protegidos no Brasil. Um dos exemplos mais chamativos é o da restrição ao convívio social e da própria circulação de pessoas pelas medidas de isolamento. O agravante dessas medidas é o de que há um direito fundamental frontalmente afrontado, o da liberdade de ir e vir, decorrente do direito geral de liberdade, que fica restringido em detrimento de um direito coletivo à saúde e segurança sanitária, direito este que tem ganhado um peso maior *a priori* pelo momento que se vive, e justificadamente.

O fenômeno ocasiona verdadeira reviravolta na prática e na doutrina jurídica. Com efeito, fala-se em “legalidade extraordinária” proveniente de um estado de necessidade excepcional, um verdadeiro “direito da crise”. Contudo, esse direito, mesmo no contexto pandêmico, com crise político-institucional de fundo, deve respeitar os limites da diretriz constitucional. Tomar decisões “a toque de caixa”, sob regime de urgência ou emergência

e por grande pressão social, pode ter efeitos tão catastróficos a longo prazo quanto os ocasionados pela própria pandemia³.

Destarte, foi sancionada, às pressas, a Lei nº 13.979/20, alterada pela Medida Provisória nº 926, regulamentada pelo Dec. nº 10.282/20 (que definiu quais serviços seriam essenciais) e pela Portaria do Ministério da Saúde nº 356/20, em que foi reconhecida a possibilidade de limitação do direito à liberdade de locomoção, pela decretação de medidas como a quarentena, por parte de gestores locais de saúde pública. Assim, via administração, deu-se a restrição direta de dois direitos elencados no rol do artigo 5º da Constituição Federal (“CF”), especificamente os incisos XV e XVI – os quais tratam acerca do direito de locomoção e de reunião – que decorrem, por sua vez, de um direito fundamental mais amplo: o de liberdade.

Para Alexy⁴, sendo a liberdade um princípio, isto é, um mandamento de otimização⁵, ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a liberdade está sendo relativizada para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, em especial do direito à saúde em seu viés coletivo (art. 196, da CF/1988); essa é uma ponderação que deverá ser analisada autonomamente, contudo, o problema da pesquisa presente é uma decorrência lógico-fática dessa realidade: a necessidade de moradia adequada para privilegiar o direito à saúde e a segurança sanitária, e cumprir a restrição à liberdade ambulatoria, tudo em regime temporário.

Há, portanto, um pressuposto para que se possa cumprir as medidas de isolamento social como o *lockdown*: o de se ter, literalmente, um teto para se abrigar do convívio social. E, por mais óbvio que isso possa soar, está-se diante de um grave problema democrático de acesso e manutenção de propriedade e posse, sobretudo nas relações de locação urbana, porquanto a maior hipótese de incidência da discussão que se quer encampar.

Em termos epistêmicos, até abril de 2021, data do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF, o número de famílias despejadas de seus contratos de aluguel imobiliário chegava à frustrante marca de 9.156, ou seja, no mínimo o dobro de pessoas atingidas pelos despejos. E, naquele mesmo momento, como noticiado pela Campanha Despejo Zero, outras 64.546 famílias estavam ameaçadas de despejo. A ADPF nº 828/DF foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade e questionou a possibilidade de tutela aos hipervulneráveis por meio de abstenção dos entes Estaduais e Municipais de remover famílias de suas respectivas habitações durante a pandemia.

³ CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. *Coronavírus e o “Direito Administrativo da crise”*. CONJUR. 2020.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94.

⁵ Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por serem mandamentos a serem otimizados, se cumprem em diferentes graus. O mandamento principiológico é sempre ideal e sua aplicação se dá *prima facie*, isto é, deverão ser aplicados mediante a ponderação, que avaliará a configuração de posições fundamentais jurídicas e deveres definitivos passíveis de exigibilidade. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

Adicionalmente, pugnaram pela promoção de um levantamento oficial dessas famílias, a fim de que o Estado pudesse assegurar os direitos fundamentais atinentes aos cidadãos, sobretudo às crianças e adolescentes, que tiveram prejudicado o seu direito à educação de modo colateral.

Além disso, solicitaram que fossem criados “Planos Emergenciais de Moradias Populares em caráter provisório, com estruturas sanitárias e de fácil acesso aos aparelhos urbanos (Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS) para garantir a subsistência das famílias, devendo garantir o amplo debate para com as mesmas, bem como a participação social, nos moldes do Estatuto da Cidade, com envio ao STF para conhecimento e controle”, bem como que fossem “criadas, em no máximo 60 (sessenta) dias Políticas Públicas de moradias populares em caráter Permanente, com o devido debate com a sociedade, buscando resguardar a ampla participação social das tomadas de decisões com poder de veto popular, sob pena de nulidade dos atos administrativos”, ambas nos termos dos pedidos da Petição Inicial da ADPF do PSOL.

O que de fato faz sentido, visto que, por conta da falta da capacidade de quitação dos valores ajustados a título de aluguel, visto a grave recessão iniciada pelas medidas de *lockdown* em todo o mundo, fatalmente aumentaram os índices de ocupações irregulares de terras, o que aumenta a chance de proliferação da doença, porquanto muitas famílias aproveitam-se dos espaços ocupados, constituindo grandes acampamentos em áreas de terra. Por isso é essencial que fiquem onde estão, não sendo forçada a sua retirada enquanto durar a pandemia. E isso é medida pró-combate à pandemia também.

É bem verdade que a situação geral poderia, inclusive, ser configurada como um “estado de coisas inconstitucional”, porquanto ofende o direito à cidade, como pontua Alfonsin⁶, que recorda a péssima condição das áreas mais pobres do país, com apenas 39% da população tendo acesso ao tratamento de esgoto. Há uma intensa desigualdade social, que atinge sobremaneira os estruturalmente discriminados, que, mais uma vez, tem sua desigualdade nevrálgica escancarada pelas medidas de prevenção à COVID-19.

Assim, diante do preocupante contexto fático, bem como da disciplina conceitual do art. 9º da Lei 14.010/2020 – lei que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus – segundo a qual não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245/91, até 30 de outubro de 2020, o Supremo Tribunal Federal, ainda que já tivesse passado o prazo de 30/10/2020, compreendeu que a situação merecia amparo. E, com isso, deferiu parcialmente a medida liminar da ADPF, a fim de evitar que remoções e desocupações coletivas violassem os direitos à moradia, à vida e à saúde das populações envolvidas⁷, fazendo com que seja impossível o despejo liminar (de 15 dias), de que fala o art. 59, §1º, inciso IX, da Lei das Locações, no curso da pandemia, e indicando que a conduta a ser seguida pelo Poder Judiciário nos casos sobre despejo, no curso da

⁶ ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 21.

pandemia, seja guiada a partir de um minimalismo judicial, de modo a evitar que a ordem de despejo exponha o locatário e sua família a uma situação de vulnerabilidade⁸.

Assim sendo, uma vez demonstrado o decréscimo remuneratório do locatário, a dificuldade de arcar com as despesas locatícias sem prejuízo da subsistência familiar e, de outro lado, a situação do locador, recomenda-se a busca de situação conciliatória, sendo possível cogitar-se da suspensão temporária da ordem de despejo⁹. Quanto à suspensão temporária de despejos de ocupações coletivas anteriores à decretação do estado de calamidade pública, o STF entendeu pela suspensão, pelo prazo de seis meses, das medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6/2020¹⁰. E, para as ocupações realizadas depois do início do estado de calamidade pública, o poder público poderá remover as famílias, desde que assegure que as pessoas removidas possam ser levadas para abrigos, ou de alguma outra forma possa garantir-lhes moradia adequada, de modo a evitar a consolidação de novas ocupações irregulares.

O STF, a partir da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, de 3 de junho de 2021, justificou que a pandemia da COVID-19 impacta de maneira mais grave pessoas pobres e negras e que a principal estratégia de combate à COVID-19, em face do isolamento social (a recomendação de que as pessoas fiquem em casa, a fim de achatar a curva de contágio), fazendo com que, portanto, a residência passasse a ser um escudo relevante contra o vírus, do que decorre que a garantia fundamental do direito à moradia também seja uma forma de efetivar o direito fundamental à saúde, em sua face de segurança e higiene sanitária¹¹.

O Ministro Luís Roberto Barroso também identificou que, em diversos casos levados aos autos da ADPF, eram executados mandados de reintegração de posse e remoção de comunidades de locais que ocupavam, expondo as populações vulneráveis a uma situação de absoluto flagelo, de modo que pessoas que perderam seus empregos, enfrentando imensa hipervulnerabilidade, que não apenas atinge um único polo de suas vidas, mas que ocasiona verdadeiro efeito dominó, de uma sistemática exclusão social, demonstrando veemente que estão em uma estrutura de desigualdade nevrálgica, pelo somatório da situação atual, que perdem suas moradias e, com isso, passaram a ter obstáculos ainda maiores para praticar o isolamento social¹². E, exatamente por isso, é, além de justa e proporcional, necessária a intervenção, para a proteção desses grupos em

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 34-37.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, 37-38.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 38-39.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 22.

¹² SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidade*, nº. 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005, p. 142.

situação de vulnerabilidade. Aliás, o ministro pontua que a ONU transformou a preocupação com a moradia como a linha de frente da defesa contra a propagação do coronavírus, bem como sinalizou adequação à jurisprudência recente da Corte, no caso da Petição 9.382, que, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, deferiu pedido de tutela de urgência para suspender os efeitos de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a ordem de reintegração de posse nele contida, em janeiro de 2021¹³.

A medida cautelar foi parcialmente deferida, portanto, restando desatendido apenas o pedido quanto à suspensão de todos os processos, procedimentos ou qualquer outro meio que visasse à remoção, desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto durar a crise sanitária, uma vez que o objetivo era a tutela do direito à moradia, para permitir que as pessoas pudessem fazer isolamento social, de modo que a medida emergencial deve abranger apenas as medidas judiciais e administrativas que objetivamente possam resultar em desalojamento, não sendo necessária a intervenção em todas ações possessórias genericamente. Destacou que a decisão não abrange a proteção a ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos correlatos, e que, portanto, as remoções poderão acontecer nessas áreas de risco, bem como poderão ser desocupadas famílias se a medida resultar em benefício ao combate do crime organizado¹⁴.

Além disso, em 18 de maio de 2021, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (“PL”) nº 827/2020, convertido para a Lei nº 14.216, de 07 de outubro de 2021, que estabeleceu “medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender, até 31 de dezembro de 2021, o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público urbano ou rural, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para dispensar o locatário do pagamento de multa em caso de denúncia de locação de imóvel e para autorizar a realização de aditivo em contrato de locação por meio de correspondências eletrônicas ou de aplicativos de mensagens”, segundo o art. 1º da Lei.

Em relação às ocupações coletivas, a lei suspendeu as medidas que “imponham a desocupação ou a remoção forçada coletiva de imóvel privado ou público, urbano ou rural, que sirva de moradia ou que represente área produtiva pelo trabalho individual ou familiar” (art. 2º). E, no caso das locações de imóveis urbanos, a lei estabelece que não será concedida medida liminar de desocupação nas mesmas hipóteses que foram previstas na Lei nº 14.010/2020, desde que o locatário demonstre a ocorrência de alteração da situação econômico-financeira decorrente de medida de enfrentamento à pandemia (art. 4º, caput), ou que o valor mensal do contrato não seja superior a R\$ 600,00 (seiscentos reais), em caso de locação de imóvel residencial, e R\$ 1.200,00 (mil e duzentos

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 27-29.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 32-34.

reais), em caso de locação de imóvel não residencial. E, ainda, tutela a negativa de negociação da melhoria das condições de pagamento, para que possa haver um reajuste econômico-financeiro temporário e de transição.

O PL foi aprovado junto ao Senado Federal em 23/06/2021, com Emenda, a qual exclui os imóveis rurais do âmbito de proteção da norma, com isso a expectativa era a de que a Lei fosse ser promulgada ainda em julho, diante da preciosidade do tema, o que acabou ocorrendo apenas em outubro. Com isso, ficou mais sedimentada a questão da possibilidade da relativização do direito à propriedade em época de pandemia, mas não como um *prius* apriorístico, e sim como uma construção argumentativa, que tutele os direitos fundamentais colidentes, conforme a ordem constitucional vigente. As restrições, contudo, devem ser fundamentadas racionalmente. E um instrumento interessante para essa construção na fundamentação das decisões é o teste da proporcionalidade, que, ainda que possa ter sido analisado na seara legislativa – o que parece ter sido feito implicitamente – deverá cuidar-se das ponderações feitas pelo próprio STF no âmbito da ADPF 828/DF, sobre a temática.

O teste da proporcionalidade diante da ADPF 828/DF

Sendo a propriedade um direito fundamental¹⁵, estruturado como princípio, isto é, um mandamento de otimização, ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a defesa do direito de reaver a propriedade – nos casos locatícios – está sendo relativizado temporariamente para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, sobretudo os reconhecidamente direitos fundamentais, em especial o direito à moradia e à saúde, tanto em viés individual quanto coletivo.

Contudo, para que essas restrições sejam feitas de modo racionalmente justificado, é necessária a presença de algum tipo de procedimento lógico-argumentativo que demonstre porque um determinado direito fundamental deverá receber precedência frente a outro. Nessa hipótese, ocorre a chamada colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, que é quando os direitos fundamentais colidentes se consubstanciam de direitos cujos bens juridicamente tutelados são coletivos¹⁶.

O método para solucionar qual direito fundamental deverá sobressair fortalecido da colisão é o chamado “teste da proporcionalidade”, contudo ele não pode vir desconectado da noção da “proibição do excesso” (*Übermassverbot*) e da “vedação de

¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 55-56.

¹⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

proteção insuficiente” (*Untermassverbot*)¹⁷, do âmbito de proteção, ou núcleo duro¹⁸, de um direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais¹⁹. Tal noção é vinculada fortemente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais em que, dentre outros efeitos decorrentes, traz o aspecto do “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), que indica uma necessária postura ativa do Estado, como um todo, para a salvaguarda dos direitos fundamentais²⁰.

Funcionando enquanto instrumento lógico-argumentativo para o controle da legitimidade da solução conferida em caso de colisão de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, o teste da proporcionalidade, que decorre logicamente da própria natureza dos princípios²¹, ramifica-se em três²² etapas pré-ordenadas e subsidiárias de análise que expressam a ideia de otimização e devem ser aplicadas na seguinte ordem, de forma sucessiva e escalonada: a) o subteste da adequação (ou idoneidade); b) o subteste da necessidade; e c) o subteste da proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Como os subtestes devem ser satisfeitos ou não, e não podem ser ponderados frente a outros testes, são considerados como regras, de modo que sua não satisfação caracterizará a ilegalidade e a inconstitucionalidade do resultado da colisão de princípios. Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado,

¹⁷ Para a efetivação dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, o Estado não pode violar (em excesso) o âmbito de proteção do direito fundamental precedido, tampouco pode proteger insuficientemente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nessas perspectivas que se pode falar que o teste da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, bem como para o controle das omissões (ou proteção insuficiente) do Estado no cumprimento de um dever de proteção. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 202-205.

¹⁸ Segundo a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, *prima facie*, que, mediante a imposição de restrições, vai limitando o seu campo de atuação, numa aplicação definitiva do âmbito de proteção. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 199.

¹⁹ Sarlet explica que uma constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, conjuntamente, uma ordem substancial de princípios. Desse modo, o controle de constitucionalidade material, concernente na observância da proteção do núcleo essencial de determinado direito fundamental, visa atender aos requisitos da proporcionalidade (e da razoabilidade), bem como respeitar a proibição do retrocesso. Esses seriam os limites aos limites dos direitos fundamentais, isto é, instrumentos que funcionam como barreiras à restringibilidade de determinado direito, garantindo sua eficácia. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 202.

²⁰ LEAL, Mônia C. H.; MAAS, Rosana H. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020 [recurso eletrônico].

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

²² Não se desconhece a existência de divergência quanto ao número de etapas do teste da proporcionalidade, com autores que entendem adequada a adoção de apenas duas etapas (adequação e necessidade) e outros que adotam quatro etapas, acrescentando ao início do teste o exame da legitimidade dos fins, o qual precederia os demais. Entretanto, nesta investigação optou-se por adotar a tendência majoritária consubstanciada em três etapas do teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

necessário e em qual medida de restrição e satisfação²³ ele deverá ser otimizado, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas²⁴.

Na divisão tripartite do teste, os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas de otimização entre os princípios em jogo, ao efeito de evitar a ocorrência de sacrifícios evitáveis aos direitos fundamentais por ventura precedidos, enquanto o terceiro subteste, da proporcionalidade em sentido estrito, configura o núcleo essencial do exame e controla as possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo no caso²⁵.

A primeira etapa do subteste da adequação se destina a verificar se a medida é apta para alcançar ou, pelo menos, para contribuir à obtenção, isto é, fomentar o fim constitucionalmente legítimo pretendido²⁶. De acordo com essa definição, Bernal Pulido²⁷ destaca que esta etapa impõe duas exigências a toda medida de intervenção em direitos fundamentais: em primeiro lugar, que tenha um fim constitucionalmente legítimo, o que significa dizer que a finalidade não pode estar explícita ou implicitamente proibida pela Constituição e, em segundo lugar, que seja idônea para favorecer ou promover a sua obtenção, mesmo que não chegue a alcançá-la, sendo considerada inadequada apenas nas hipóteses em que não contribui de nenhum modo para a obtenção da finalidade imediata.

Barak, por sua vez, sustenta que este requisito requer que os meios usados pela medida restritiva conduzam de maneira racional à realização do fim pretendido, e endossa a ideia de que não há necessidade de que os meios escolhidos sejam os únicos capazes de realizar o fim, tampouco que os meios escolhidos cumpram plenamente o fim, bastando o cumprimento parcial, desde que não seja periférico ou insignificante. Além disso, destaca que o exame em questão não exige certeza total de que o meio escolhido conduzira à realização da finalidade pretendida, mesmo que esse enfoque proporcione a máxima proteção dos direitos humanos, porquanto não se adequa às funções modernas dos poderes políticos em uma democracia constitucional, que incluem a definição e implementação de políticas sociais, as quais, em grande medida, seriam inviabilizadas com essa exigência. No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de conformação do legislador optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo²⁸⁻²⁹.

²³ Neste ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro.

²⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 239.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19.

²⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 32.

²⁷ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 689-720.

²⁸ BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 337-343.

²⁹ O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9.

No subteste da necessidade, por sua vez, é observado se o objetivo perseguido não tem como ser promovido, com a mesma intensidade e eficácia, por meio de outro ato que limite ou afete, em menor medida ou extensão, o direito fundamental atingido³⁰. Assim, quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas, deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental.

Dito de outra forma, o subprincípio da necessidade implica na comparação entre a medida adotada pelo legislador e os demais meios alternativos, ao efeito de aferir se alguma dessas medidas consegue cumprir duas exigências: a) se reveste do mesmo grau de idoneidade para contribuir no alcance do objetivo imediato; e b) afeta negativamente o direito fundamental em um grau menor³¹. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de direitos fundamentais³². Destarte, a medida legislativa deve ser considerada inconstitucional por carecer de necessidade somente quando apareça de modo evidente, com fundamento em premissas empíricas, analíticas e normativas seguras que existe um meio alternativo que, sendo igualmente idôneo para fomentar o fim imediato, intervêm com menos intensidade no direito fundamental³³.

Por derradeiro, o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Este subteste é consubstanciado pela noção de ponderação, a qual estabelecerá uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência³⁴. Consiste o subteste da ponderação, portanto, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide³⁵, consubstanciando uma análise de custo-benefício da medida.

Assim, o núcleo do teste da proporcionalidade, a ponderação estabelece, ao final de sua aplicação, uma relação de precedência condicionada, determinando qual dos objetos normativos concorrentes deve adquirir prioridade no caso em concreto. Trata-se de uma relação de precedência condicionada porque o elemento normativo que adquire prioridade não passa a ocupar uma posição hierárquica superior no ordenamento

³⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 33.

³¹ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 737-738.

³² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241-248.

³³ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 759.

³⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249-250.

³⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 35.

jurídico, mas tão-somente determina a solução para o caso concreto e para casos futuros idênticos e análogos, consubstanciando uma prioridade condicionada às circunstâncias do caso e válida unicamente quando estas e outras análogas se apresentam³⁶.

Ademais, na linha de ideias da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy³⁷ formula a lei material da ponderação, consubstanciada na ideia de que quanto maior o ônus (grau de não satisfação ou de restrição) de um princípio (P2), proporcionalmente maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio colidente (P1), ou seja, quanto maior a invasão de um direito fundamental, mais convincentes devem ser os interesses compensatórios. Dessa forma, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, no entendimento exposto por Silva³⁸, basta que os motivos que fundamentam a adoção desta não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

Para um maior aproveitamento da ponderação, restou elaborada a fórmula peso³⁹, com o objetivo de “equacionar e controlar a relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância”⁴⁰. Tanto a lei, quanto a sua aplicação pela fórmula, não impõe uma única e correta solução, entretanto a sua importância e utilidade são notórias, porquanto representam uma estrutura de justificação que permite alcançar uma resposta razoável e justificada racionalmente, visando à proteção dos direitos fundamentais.

Essas decisões no âmbito da atividade legislativa não contam com maiores questionamentos, contudo, no âmbito judicial, emerge o problema da legitimidade da decisão em relação aos graus de intensidade de intervenção e de importância de

³⁶ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 782 e 793.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

³⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 35.

³⁹ Formulada por Alexy e ampliada por Klatt e Meister, a fórmula peso é um modelo matemático que serve como prova real da ponderação e da argumentação feita por aquele que resolve seguir as regras propostas por Robert Alexy no teste da proporcionalidade, em que analisam que o peso absoluto, ou a correta interferência do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R^e é a confiabilidade da premissa empírica e Rⁿ da premissa normativa:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R^e_i \cdot R^n_i}{W_j \cdot I_j \cdot R^e_j \cdot R^n_j}$$

Resultado deste teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2⁰ (igual a 1), 2¹ (igual a 2) e 2² (igual a 4), de modo que quando W_{i,j} for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 10-11.

⁴⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LORENZONI, Pietro. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. *Nomos*. Fortaleza, v. 39. 1, p. 209-226, 2019, p. 214.

realização desses direitos fundamentais – surgindo um ônus argumentativo maior –, porquanto muito facilmente se rompem os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente eleito⁴¹.

Assim, o Estado deverá escolher o meio menos restritivo de direitos para que possa ser considerada constitucional a restrição do outro direito. Por exemplo, no caso da restrição da liberdade (influenciada pelas medidas de isolamento social), frente aos direitos da saúde pública e da vida, o que chamou atenção foi a intensidade da interferência e das restrições, sem, contudo, que estivesse decretado o estado de defesa, como previa a Constituição, no artigo 136, §1º, inciso I, alínea “a”, que prevê a restrição ao direito de reunião. É essa previsão constitucional que permite a autopreservação da CF em casos de calamidade pública, a fim de que sejam evitadas medidas desprovidas de regulação jurídica, arbitrárias, com uso de força. Recordar-se que no Brasil foi declarado o estado de calamidade, modalidade mais branda em termos de restrição de direitos, na qual não há, como no estado de defesa, a menção expressa à restrição ao direito de reunião.

Assim, com o delineamento tanto do contexto fático e jurídico, isto é, do panorama geral do estado da arte, bem como com a estrutura básica do teste da proporcionalidade, é possível a análise da natureza e da colisão de direitos fundamentais no caso.

O direito à moradia e à saúde vs. O direito de propriedade à luz do teste da proporcionalidade

É preciso, portanto, ler o paradigma atual pelo escopo interpretativo do teste da proporcionalidade. Antes, contudo, faz-se necessária uma contextualização acerca de como se situam esses direitos, em suas naturezas, bem como os três se interrelacionam.

O direito à saúde, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁴², é um direito associado ao direito natural do homem à vida e significa um direito a ter condição de reivindicação e exercício de outros direitos. É o direito à saúde que reconhece uma necessidade da dignidade da vida humana para que se possa fluir da norma fundamental, e por isso a garante. Além disso, mesmo antes da pandemia, o direito à saúde era reconhecido um direito que se sobreponha a outros direitos fundamentais e mesmo princípios formais, como a clássica colisão entre ele e a reserva do possível – importada de modo torpe ao Brasil –, se interrelacionando em múltiplos níveis e subníveis de proteção, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, a educação, a alimentação, o trabalho e, dentre outras, a moradia.

Assim, consigna-se que, mesmo em tempos de “normalidade”, isto é, em momentos não pandêmicos, a moradia pode ser considerada um pressuposto conceitual da efetivação básica do direito à saúde. O direito fundamental à moradia, positivado apenas

⁴¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249-251.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 671-672.

no ano 2000 na Constituição Federal, fruto da EC nº 26, a partir da concretização de instrumentos internacionais⁴³, nasce como um direito fundamental implícito ou associado, isto é, interpretativamente estabelecido, mesmo sem previsão legal⁴⁴, ligado exatamente a uma questão de dignidade da pessoa humana e reconhecimento da moradia adequada como condição para uma vida digna⁴⁵.

Desse modo, e a partir do julgamento paradigmático do *conseil constitutionnel de France*, Decisão nº 94.359, de 1995, afirmou-se um direito fundamental à habitação, ou moradia (*droit à l'habitat*), bem como um direito de estar alojado (*le droit au logement*), isto é, em condições que privilegiem a personalidade digna de um ser de direitos. A decisão francesa é um marco no reconhecimento do direito fundamental à habitação. E, nesse sentido, o direito à moradia ou habitação não se confunde com um direito à propriedade, sendo uma decorrência lógica da dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à moradia está descrito no art. 6º, como um dos direitos sociais, após a aludida EC 26/2000. O art. 6º é o que mais evidencia o forte compromisso assumido pelo Brasil já no preâmbulo da Constituição Federal e reforçado, no corpo do texto constitucional: o de cumprir com a justiça social, com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito. Assim, além de assumir a proteção do mínimo existencial, o direito à moradia ganha exigibilidade, no sentido de sua justiciabilidade, podendo ser exigido em juízo, justamente por seu reconhecimento *ex ante*, se tratando de um direito público subjetivo, ou de um direito de dimensão individual, que poderá ser assegurado para sua efetivação, exigindo-se a sua proteção, inclusive em detrimento de outros direitos fundamentais. E sua judicialização, bem como a ampliação do seu escopo protetivo, são resguardados pelo direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)⁴⁷.

Para tanto, o direito à moradia tem como característica as garantias estatais de segurança jurídica da posse, disponibilidade de infraestrutura básica capaz de assegurar condições de habitabilidade, acesso a serviços essenciais e respeito às peculiaridades e especificidades da cultural-local e, ainda, deverá ser concretizado interrelacionadamente com o princípio da dignidade humana, vida digna, saúde e o mínimo existencial⁴⁸. Nesse sentido, o de dar efetividade ao direito de moradia, tanto em sua faceta negativa, quanto na faceta prestacional, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) destacou uma série de diretivas principiológicas específicas para a concretização do direito à cidade e à moradia

⁴³ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

⁴⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257, set./out. 2020, p. 240-241.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 685-686.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 686.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 539-548.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003, p. 9-15.

adequada. Além disso, mas apenas a título adicional, trouxe uma rica e farta lista de instrumentos urbanos para facilitar e promover o acesso à moradia, isto é, um acesso democrático à cidade⁴⁹.

E esses dois direitos estão sendo colididos com valores relativos, *a priori* em superior importância, o que se justifica apenas pelo momento pandêmico.

Mas o que significa ter direito a algo?

Alexy responde ao elaborar a base teórica do porquê os direitos fundamentais são direitos subjetivos. O autor começa explicitando que direitos são postulações que um indivíduo tem em face de outro, da seguinte maneira “(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*” em que, nessa relação triádica, o *a* postula ser reconhecido como destinatário de um direito, cujo objeto é *G*. De modo que a forma mais geral desse enunciado, se a relação triádica for representada como *R*, da relação *RabG*⁵⁰.

Assim, em *RabG*, poder-se-á ter situações completamente diversas, a depender do real significado de cada uma das significantes. Ao se falar em direitos fundamentais, ou ainda de direitos associados a direitos fundamentais, fala-se de um direito que é sempre uma ação ou abstenção da parte adversa ao destinatário do direito.

Alexy⁵¹, com maestria, explica que de um direito fundamental decorrem vários outros direitos e que, portanto, como já enunciava Kant em sua “Metafísica dos Costumes”⁵², e como bem desenvolveu Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”⁵³, direitos não são puramente reclamações de alguém sobre algo. Isso é uma simplificação reducionista. Direitos são decorrentes de uma série de relações históricas diversas que concretizam vitórias importantes; em se tratando de direitos fundamentais, importantes conquistas democrático-constitucionais. Mas um direito, de qualquer natureza, decorre de uma relação triádica que estipula que o direito a algo decorre não apenas da competência de exigí-lo ou satisfazê-lo, mas da liberdade de se poder desenvolver para a consecução do mesmo.

Assim, Alexy⁵⁴ explica que do direito insculpido no art. 2º, §1º, 1, da Lei Fundamental Alemã (“todos têm o direito à vida”) decorre não apenas um direito genérico de estar vivo, mas também a proteção negativa, que proíbe o homicídio estatalmente organizado, ou ainda as prestações positivas em torno do fomento à conservação e proteção da vida.

Dessa forma, no caso do direito à moradia, mas sobretudo à saúde individual e coletiva em momento de pandemia, há uma dimensão negativa, que ordena a sua não afetação pelo Estado, ou, em sendo afetado, que haja a total assunção de um outro direito

⁴⁹ ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194-195.

⁵² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194-195.

fundamental, o de que sua afetação, ou não proteção, seja devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF c/c art. 489, VI, CPC).

Desse modo, por mais importante que seja o direito (fundamental) à propriedade, ele está inserido no contexto de um Estado Democrático-Constitucional de Direito e, portanto, esse deve ser o seu balizador interpretativo. Além disso, a Constituição Federal coloca uma condicional ao direito de propriedade (art. 5º, XXII), o de que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). A acepção é, claramente, fruto dos movimentos de socialdemocracia, como demonstra Leal⁵⁵. Inclusive, ela poderia justificar a requisição administrativa por conta da pandemia, destinando essas áreas à habitação⁵⁶. Fato é que a função social, *per se*, funciona normativamente como o teste da proporcionalidade funciona interpretativo-argumentativamente, isto é, como justificadores jurídicos da limitação ao pleno e irrestrito gozo de um direito fundamental.

Quanto à decisão, então, no subteste da adequação, a decisão do Supremo Tribunal Federal passa, porquanto se constitui em uma forma de privilegiar o direito à moradia, ainda que com caráter temporário e condicionado à permanência da situação pandêmica, como no caso da suspensão das medidas de remoção de pessoas de suas posses naqueles casos delineados pelo Min. Barroso. No subteste da necessidade, tem-se igual sucesso, ante o fato de que a afetação ao direito de propriedade é muito menor do que a satisfação do direito à moradia, porquanto temporária e condicional ao manejo da situação de calamidade pública por conta da pandemia, e não até que sejam cessados os efeitos da recessão econômica ocasionada pelas medidas de *lockdown*.

Já quanto ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que o direito de propriedade seja um dos direitos liberais ou de primeira dimensão, tem-se que todos os direitos têm o mesmo *status* constitucional, não havendo hierarquia de promoção ou proteção⁵⁷. Ainda assim, resta evidente que o STF tem adotado medidas pró-saúde com pesos relativos maiores, por conta do momento pandêmico. Desse modo, ainda que não se aplique a fórmula matemática de Alexy, Klatt e Meister (o que, diga-se, poderia ser feito), constata-se que o grau de interferência do direito à moradia e à saúde no direito de propriedade é sustentável, porquanto temporário, excepcional e condicionado.

Desse modo, pode-se dizer que a posição adotada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 828/DF é proporcional, passando pelos diferentes elementos do teste da proporcionalidade. Uma crítica que pode ser feita à decisão, contudo, é o fato de o STF ter diferenciado a tutela de suspensão de medidas de remoção das ocupações realizadas no curso do estado de calamidade, posteriormente ao dia 20 de março de 2020, porquanto foi exatamente a partir do início da pandemia que mais pessoas sentiram os efeitos da recessão econômica, bem como precisavam de moradia ou abrigo para isolar-se socialmente.

⁵⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 60.

⁵⁶ ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 160.

A justificativa do Supremo Tribunal para tanto foi a de que, em que pese nesses casos também exista o risco de contaminação, outros fatores devem ser considerados, como o de evitar a criação de novas situações de fato que, posteriormente, serão de difícil solução, de modo que a recusa se reveste de um viés preventivo. Ainda assim, reconhecem que o Poder Público não pode deixar pessoas vulneráveis em situação pior do que já se encontravam, de modo que mesmo as ocupações recentes devem ter suas remoções acompanhadas por órgãos de assistência social que garantam o seu encaminhamento para abrigos públicos ou locais com condições dignas⁵⁸.

Destarte, mesmo com postura crítica, há que se pontuar o meio termo ponderado e adequado a que chegou o STF quando da aferição da importância relativa dos bens privados e públicos para com direitos fundamentais substanciais, tais como a moradia, a saúde e a dignidade da pessoa humana, bem como o interesse público na higidez sanitária e na segurança sanitária.

Além disso, uma questão crucial para a utilização dos elementos da teoria alexyana é a validade e a certeza das premissas epistêmicas para a formulação do raciocínio jurídico⁵⁹, no caso, o do benefício do *lockdown* para o combate à pandemia. A certeza das premissas epistêmicas é, inclusive, umas das variáveis da aplicação matemática do último subteste. Contudo, não se pretende julgar, aqui, o acerto ou desacerto das medidas de isolamento social para o combate ao coronavírus, embora esse dado científico seja relevante para a própria viabilidade da ponderação que se quer operar. A restrição de direitos fundamentais deve ser dada em casos cuja segurança epistêmica, nesse caso, médico-científica, seja suficiente para não caracterizar um mero medo, receio ou achismo por parte dos gestores públicos e julgadores⁶⁰. Entretanto, o que importa é que o isolamento social na modalidade *lockdown* foi adotado enquanto política, inclusive com a recomendação para que todos ficassem em casa.

Assim, o que se espera do Estado brasileiro é que suporte o ônus de ter relativizado um direito fundamental tão caro como a liberdade, tutelando e protegendo aqueles que foram atingidos pelos prejuízos ocasionados por conta do *lockdown*. A proteção da decisão cautelar do STF analisada (McADPF nº 828/DF), a Lei nº 14.216/2021 e tantas outras movimentações, são indícios de cumprimento desse ônus imposto pelo dever de proteção estatal, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consubstanciado especificamente na proteção quanto à moradia e à saúde. Tal defesa ganha ainda mais relevância quando se estrutura a atuação protetiva do Estado em prol da salvaguarda de direitos de pessoas discriminadas por uma hipervulnerabilidade estrutural e retroalimentada, cujos níveis de vulnerabilidade foram sendo ainda mais desvelados a medida em que avançou a pandemia – e o seu combate institucional.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 40.

⁵⁹ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 30.

⁶⁰ TUCKER, Jeffrey. *Liberty or lockdown*. Great Barrington, MA: American Institute for Economic Research – AIER, 2020.

Conclusão

Nada passará inalterado frente à pandemia trazida pelo vírus SARS-COV-2. A incerteza e a insegurança fazem com que o ser humano busque refúgio nas forças mais ativas e céleres da sociedade. No Brasil, essa missão foi, em muitos casos, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou funcionando como verdadeiro “órgão de choque” no controle e fiscalização das medidas de enfrentamento da pandemia, cujos casos não foram poucos, ou chegaram de modo lento.

Na decisão analisada, o Ministro Luís Roberto Barroso tomou a decisão de privilegiar os direitos fundamentais à moradia e à saúde, tanto individual quanto coletiva, em detrimento de um direito de propriedade, também fundamental.

A pandemia da COVID-19 não se avizinhou a passos lentos, não alertou o poder público de que viria, tampouco deu prazo de adequação à administração pública. O STF foi convocado como instância para viabilizar respostas efetivas. E, naturalmente, apta a relativizar interpretações consagradas na jurisprudência em busca do atendimento aos problemas pandêmicos, na proteção da coletividade, o que se justifica completamente diante do novo suporte fático oferecido por conta da realidade pandêmica vivenciada, o que altera racionalmente o resultado da aplicação do teste da proporcionalidade. Assim, deverá responder à altura, entregando alternativas adequadas, sem ferir de modo injustificado direitos fundamentais, notadamente em casos de conflito entre direitos fundamentais.

Assim, cabe ao Estado-juiz e ao Estado-legislador o escrutínio da fundamentação transparente quando de medidas que restrinjam direitos fundamentais individuais para a satisfação, em maior grau, de direitos individuais ou coletivos. A medida de restrição da liberdade, o *lockdown*, que foi julgado como preferido em nome da segurança sanitária, resultou em grave recessão econômica ao redor do mundo. Neste contexto, o problema das moradias, que não é novo ou inédito, se agravou e mereceu um olhar mais zeloso do Supremo Tribunal Federal.

Não há problema em se atribuir um peso relativo *in casu* maior para os bens coletivos, como a saúde, inclusive tal atribuição encontra justificativa na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que potencializa tal diferença *a posteriori*. Isso, contudo, deve ser feito de modo racional, ainda que em um cenário de crise. E o teste da proporcionalidade se apresenta como um instrumento apto a garantir essa transparência democrática e a necessária racionalidade às decisões judiciais, sendo que o referido teste se mostrou plenamente apto no caso da ADPF 828.

O que não se pode admitir é uma relativização injustificada de direitos individuais, ainda que em nome de bens coletivos ou “por causa da pandemia”. A tarefa jurisdicional exige que o julgador se desincumba do ônus argumentativo. Mas, por outro lado, não se pode admitir um desamparo estatal, tanto do Judiciário quanto do Legislativo, de uma proteção maior àqueles mais atingidos pela pandemia, a classe menos favorecida, que teve colimada até mesmo a única garantia de segurança nesse momento: o local para passar e suportar o *lockdown*, a habitação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/06/12/a-tutela-do-direito-a-cidade-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em 10 de jun. 2021.
- BARAK, Aharom. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.
- BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021.
- CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. *Coronavírus e o "Direito Administrativo da crise"*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-administrativo-crise>. Acesso em: 22 mai. 2022.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257, set./out. 2020.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LORENZONI, Pietro. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. *Nomos*. Fortaleza, v. 39. 1, p. 209-226, 2019.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidad*, nº. 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCKER, Jeffrey. *Liberty or lockdown*. Great Barrington, MA: American Institute for Economic Research – AIER, 2020.

Data de Recebimento: 28/10/2022

Data de Aprovação: 05/07/2023