

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

DEMETRIUS DOS SANTOS RAMOS

LAR, DOCE LAR? O DANO MORAL PELO ATRASO INJUSTIFICADO
NA ENTREGA DE UNIDADES PARA FINS DE MORADIA NAS
INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Rio de Janeiro
2017

DEMETRIUS DOS SANTOS RAMOS

LAR, DOCE LAR? O DANO MORAL PELO ATRASO INJUSTIFICADO
NA ENTREGA DE UNIDADES PARA FINS DE MORADIA NAS
INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Dissertação apresentada como requisito
para obtenção do título de Mestre em
Direito, pela Universidade Estácio de Sá.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Edna Raquel R. S.
Hogemann

Rio de Janeiro
2017

R1751 Ramos, Demetrius dos Santos
Lar, doce lar? O dano moral pelo atraso injustificado na entrega de unidades para fins de moradia nas incorporações imobiliárias. / Demetrius dos Santos Ramos. – Rio de Janeiro, 2017.
137 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2017.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à moradia digna.
3. Dano moral. 4. Dignidade da pessoa humana. I. Título.

CDD 340.1



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**LAR, DOCE LAR? O DANO MORAL PELO ATRASO INJUSTIFICADO NA
ENTREGA DE UNIDADES PARA FINS DE MORADIA NAS INCORPORAÇÕES
IMOBILIÁRIAS**

elaborada por

DEMETRIUS DOS SANTOS RAMOS

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2017.

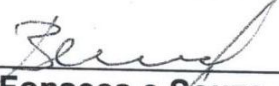
BANCA EXAMINADORA



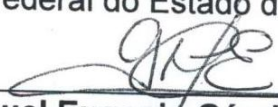
Prof. Dr. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Presidente
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Manuel Eugenio Gándara Carballido
Universidad Pablo de Olavide - Espanha

DEDICATÓRIA

*A minha esposa, companheira, luz e força em todos os momentos, Nilsa Regina.
A meus filhos, fonte de inspiração, Lucas e Antônio Miguel.*

AGRADECIMENTOS

Não se trilha uma jornada como essa sem o apoio e a segurança de várias pessoas e reconhecer a importância de todos é o mínimo que posso fazer para homenageá-los, assim, agradeço a minha esposa, Nilsa Regina, exemplo de força e generosidade, sem a qual não seria possível a realização desse sonho sonhado junto, por isso, realidade.

Agradeço aos meus filhos, Lucas e Antônio Miguel, pela paciência e pelos infindáveis momentos que deixamos de viver, mas que serão recompensados com uma maior dedicação à nossa convivência.

Agradeço aos meus amigos e sócios Maury Cortat e Livia Cortat, incluindo também os amigos Adriana, Evandro e Ivan, que seguraram todos os “pepinos”, em minha ausência, sem falar no suporte financeiro, indispensável à concretização do Mestrado.

A minha querida orientadora, professora Edna Raquel Hogemann, verdadeira fonte de inspiração e exemplo de generosidade acadêmica, ao seu lado realmente entendemos o verdadeiro sentido da alteridade. Obrigado por tudo!

Aos professores Eduardo Val, Manuel Gándara e Benedito Adeodato por participarem da minha banca examinadora com suas generosas e percucientes contribuições que engrandeceram a pesquisa além do grande incentivo para um maior aprofundamento da mesma no doutorado, muito obrigado.

Aos amigos, alunos, clientes e demais familiares que, de uma forma ou outra, contribuíram para a superação dessa importante etapa na construção e solidificação da minha formação acadêmica, obrigado.

A minha amada mãe, Iracema dos Santos Ramos, agradeço por todo amor, carinho e dedicação com que sempre tratou aos seus filhos e alunos (filhos de coração), tendo a certeza de que se eu me tornar um décimo da professora que você foi, considerar-me-ei um grande professor.

Ao meu querido e amado tio Carlos Fernando (*in memoriam*) por todas as conversas, conselhos e incentivos na certeza de que nossa família não iria deixar de ter um primeiro advogado por questões financeiras. Da luz, onde certamente estais, muito obrigado.

Enfim, a todos que acreditaram ser possível a um jovem nascido e criado na Zona Oeste do Rio de Janeiro em meio a todas as dificuldades sociais, culturais e econômicas alcançar mais essa meta, muito obrigado.

“Saudosa maloca, maloca querida dim dim donde nós passemos dias feliz de
nossas vidas”.

(Saudosa maloca, Adoniram Barbosa)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivos: analisar o conceito de moradia digna identificando quais os atributos necessários para essa qualificação consoante agenda definida pelas Nações Unidas; discutir as principais teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; discutir o conceito de dano moral como violação à dignidade da pessoa humana e seus reflexos e, por fim, examinar se o atraso injustificado na entrega de unidades imobiliárias adquiridas para fins de moradia gera dano moral advindo estritamente do inadimplemento contratual. Através de uma pesquisa bibliográfica e em conceitos fundamentados no método crítico-dialético e hipotético-dedutivo, tendo como preceito de que a ciência do direito é também um saber local, filiar-se-á a parte da doutrina que defende uma aplicação *prima facie* direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, às relações privadas, sem exclusão, contudo, da eficácia mediata em consonância com o modelo de três níveis proposto por Alexy, buscando sua adaptação à moldura jurídica brasileira a partir da proposição iniciada por Steinmetz e Virgílio Silva. Nesse sentido, a pesquisa também aponta para a necessidade da adequação do modelo alexyano para inserir uma variável no terceiro nível onde, quando o conflito entre particulares versar sobre situações puramente patrimoniais prevalecerá a autonomia privada quando não houver desequilíbrio entre os particulares ou falseamento da real autonomia, por conseguinte, uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos, devendo o próprio sistema infraconstitucional suprir o conflito entre os direitos fundamentais entre particulares, ou seja, nesse caso a eficácia será mediata, com solução através de normas positivadas específicas para o caso e, na sua ausência, através da utilização de cláusulas gerais. Todavia, quando estiverem em conflito situações existenciais, ou dúplices - em especial quando se tratar de direitos patrimoniais funcionalizados a concreção de situações existenciais - como no caso do o direito à moradia, em seu núcleo essencial tido como o mínimo necessário a que o indivíduo possa livremente realizar o seu projeto de vida boa, afastadas as excludentes de ilicitude, como caso fortuito externo ou força maior, a aplicação do direito fundamental à moradia se dará de forma direta e imediata. Como hipótese a ser demonstrada a pesquisa aponta para a existência de um dano moral *in re ipsa* advindo exclusivamente do inadimplemento contratual no que se refere ao atraso injustificado da entrega da obra pelo incorporador ao adquirente de unidades imobiliárias para fins exclusivos de moradia. Fundamental destacar que esse dano moral tem por fundamento a violação direta à dignidade da pessoa humana (em seus componentes valor intrínseco da pessoa; autonomia e ao mínimo existencial, consoante as lições de Sarmento) e não de vias reflexas, ou das consequências dessa violação, como dor, angústia ou outros sentimentos, merecedora da mais ampla reparação possível.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITO À MORADIA DIGNA; DANO MORAL; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

The present research aims to: analyze the concept of dignity housing identifying the attributes necessary for this qualification according to the agenda defined by the United Nations; to discuss the main theories dealing with the effectiveness of fundamental rights in private relations; to discuss the concept of moral damage as a violation of the dignity of the human person and its consequences and, finally, to examine whether the unjustified delay in the delivery of real estate units acquired for housing purposes generates moral damages arising strictly from contractual default. Through a bibliographical research and concepts based on the critical-dialectical and hypothetical-deductive method, with the precept of the science of law is also a local knowledge, will join the part of the doctrine that advocates a direct *prima facie* application and immediate access to fundamental rights, including social ones, to private relations, without excluding, however, mediate effectiveness in accordance with the three-level model proposed by Alexy, seeking his adaptation to the Brazilian legal framework based on the proposition initiated by Steinmetz and Virgílio Silva. In this sense, the research also points to the need to adapt the Alexian model to insert a variable in the third level where, when conflict between private individuals deal with purely pecuniary situations, private autonomy will prevail when there is no imbalance between private individuals or real autonomy, therefore, a *prima facie* primacy of private autonomy in relation to any fundamental rights involved, and the infraconstitutional system itself must remedy the conflict between fundamental rights between individuals, that is, in this case, the effectiveness will be mediated, with solution through specific positive rules for the case and, in his absence, through the use of general clauses. However, when there are conflicting existential or double situations - especially when dealing with functionalised patrimonial rights to concretize existential situations - as in the case of the right to housing, in his essential nucleus considered as the minimum necessary for the individual to freely to carry out their project of a good life, apart from the exclusion of illegality, as an external fortuitous event or force majeure, the application of the fundamental right to housing will occur directly and immediately. As a hypothesis to be demonstrated the research points to the existence of moral damages *in re ipsa* arising exclusively from the contractual default with regard to the unjustified delay of the delivery of the work by the developer to the buyer of real estate units for exclusive housing purposes. It is important to emphasize that this moral damage is based on the direct violation of the dignity of the human person (in his components intrinsic value of the person, autonomy and the existential minimum, according to the lessons of Sarmento) and not of reflexive ways, or of the consequences of that violation, such as pain, anguish or other feelings, deserving of the widest possible reparation.

PALAVRAS-CHAVE: FUNDAMENTAL RIGHTS; ADEQUATE HOUSING RIGHT; MORAL DAMAGE; DIGNITY OF HUMAN PERSON.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
SUMÁRIO	10
INTRODUÇÃO	12
1. O CONCEITO ADOTADO PARA O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA	19
1.1. DIREITO DE PROPRIEDADE X DIREITO DE MORADIA X DIREITO DE HABITAÇÃO.....	29
1.1.1. O direito de laje	33
1.2. DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	36
1.3. DA PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA NO PLANO INTERNACIONAL	38
1.3.1. O direito à moradia na África do Sul e a decisão da corte constitucional no caso Grootboom	41
1.3.2. O direito à vivienda na Espanha e a decisão do Conselho Econômico Social e Cultural das Nações Unidas na comunicação 2/2014	44
1.3.3. Os diálogos institucionais como indutores na proteção e efetivação de direitos humanos fundamentais	50
2. DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	57
2.1. DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA.....	58
2.2. DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA	62
2.3. DA EFICÁCIA SEGUNDO OS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO.....	68
2.4. A DOCTRINA DA STATE ACTION	70
2.5. O MODELO DE TRÊS NÍVEIS DE ALEXY	73
2.5.1. O modelo de regras e princípios proposto por Alexy	75
2.5.2. Situações existenciais e situações patrimoniais: um corte necessário ...83	
2.6. DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	88
2.6.1. A adequação do modelo alexyano à realidade brasileira	92
3. DANO MORAL, SUA EXEGESE E CONFORMAÇÃO HISTÓRICA	97
3.1. O DANO MORAL PELA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	100
3.1.1. O conceito de dignidade da pessoa humana	101
3.1.2. O direito à moradia digna como direito de personalidade	108

3.2. DO DANO MORAL ADVINDO DA VIOLAÇÃO CONTRATUAL DO PRAZO DE ENTREGA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS PELO INCORPORADOR AO ADQUIRENTE DA UNIDADE PARA FINS DE MORADIA.....	112
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	124