

## VEDAÇÃO DO RETROCESSO – UM CASO REAL

FABIO BAUAB BOSCHI<sup>1</sup>

### RESUMO

Neste Artigo identifica-se um caso real de infração ao princípio constitucional de vedação do retrocesso no tocante ao extinto direito real de habitação da pessoa com deficiência, e explica, em critérios jurídicos, como deve ser solucionado o problema.

**Palavras-chave:** Direito constitucional; Vedação do retrocesso; Pessoa com deficiência; Direito real de habitação.

### ABSTRACT

This article identifies a real case of breach of the constitutional principle of prohibition of retrocession, regarding to the extinct real right of a housing of the disabled person, and explains, with legal criteria, how the problem should be solved.

**Keywords:** Constitutional law; Kick back fence; Disabled person; A real right of housing.

### INTRODUÇÃO

“[...] nem todas as pessoas seguem um caminho conformista moldado na tradição. Pelo contrário, rebelam-se e com sua conduta impõem novos valores. É um desvio do comportamento criando um novo tipo de comportamento que vai se disseminando ao encontrar condições propícias.”

As dimensões do lazer. Renato Requixa.

---

<sup>1</sup> Especialista em Negócios Imobiliários pelo Centro Educacional de Niterói-RJ; Mestre em Direito Constitucional e Doutor em Direito Civil Comparado pela PUC/SP; advogado; pesquisador; professor de Direito Civil da Faculdade Integral Cantareira – FIC/SP.

Vedação do retrocesso – Um caso real.	Fabio Bauab Boschi.
---------------------------------------	---------------------

A pessoa com deficiência surge no cenário legislativo nacional como situação jurídica constitucional apenas em 1978, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 12 à Constituição Federal de 1967<sup>2</sup>, sem contudo ter obtido efetividade no plano social.

O revogado Código Civil de 1916 previa timidamente a proteção da pessoa com deficiência, limitando-a ao aspecto patrimonial.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a vigente Constituição Federal (CF), denominada Carta Cidadã, por reconhecer e positivar inúmeros direitos sociais e fundamentais da pessoa, incluída aí a pessoa com deficiência.

Em seu preâmbulo, lê-se que a Lei Suprema visa, entre outras coisas, a “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...) o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...) fundada na harmonia social (...)”.

Entre seus princípios fundamentais, a Carta Magna prescreve: a dignidade das pessoas (Art. 1º, Inc. III, CF); construir uma Sociedade justa (Art. 3º, Inc. I, CF); erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, Inc. III, CF) e promover o bem de todos, sem preconceitos e sem discriminações (Art. 3º, Inc. IV, CF)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Artigo único – É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana; (...).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

Nesse passo, não é demais lembrar que o Brasil se rege, na ordem interna e internacional, pela prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, inc. II, CF)<sup>4</sup>.

Pois bem!

O complexo de normas e princípios constitucionais que se aplicam a toda e a qualquer pessoa, por óbvio, abrange também as pessoas portadoras de quaisquer espécies de deficiência.

Elas, em razão de sua especial condição, merecem maior proteção do Estado, da Sociedade, da família e de todos que compõem o tecido social (Art. 23, Inc. II, e Art. 24, Inc. XIV, CF)<sup>5</sup>.

As pessoas com deficiência física, mental, intelectual e ou sensorial têm os mesmos direitos sociais e individuais que seus pares não deficientes. Todavia, em razão da situação concreta que vivem, merecem um tratamento diferenciado, eis que não se iguala a dos demais.

É bem por isso que o Princípio da Igualdade determina tratamento igual àqueles que se encontram na mesma situação e desigual àqueles que se encontram em situação de desigualdade jurídica, social e ou individual (Art. 5º, CF)<sup>6</sup>.

---

desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>4</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...); II - prevalência dos direitos humanos; [...]

<sup>5</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...); II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...); XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; [...]

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

---

Em 14 de fevereiro de 2000, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26, que alterou o Artigo 6º da vigente Constituição Federal<sup>7</sup>, inserindo a “**moradia**” como direito social.

Para os fins deste artigo, interessa-nos apenas demonstrar que os direitos e as garantias constitucionais, sejam individuais, sejam coletivos e ou sociais, destinam-se a todas as pessoas e, entre elas, àquelas com alguma deficiência.

Também é importante deixar bem claro que essas pessoas, por sua peculiar condição, merecem tratamento diferenciado, que vise à proteção de seus interesses, a fim de concretizarem os direitos que lhes são assegurados.

### **O CASO CONCRETO: O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Com os olhos voltados para o novo direito social de moradia, recém-inaugurado na Legislação constitucional, e com a finalidade específica de proteger a pessoa com deficiência, a Legislação infraconstitucional fez inserir no Código Civil de 1916 (vigente à época – CC/16), por meio da Lei nº 10.050, de 14 de novembro de 2000, o direito real de habitação à pessoa deficiente, alterando a redação do antigo Artigo 1.611 daquele diploma legal, cuja redação ficou assim:

Art. 1.611 - À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “*de cujus*”.

<sup>7</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Vedação do retrocesso – Um caso real.	Fabio Bauab Boschi.
---------------------------------------	---------------------

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o **direito real de habitação** relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

§ 3º **Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.** (Incluído pela Lei nº 10.050, de 2000).

Da leitura do texto legal ficava claro que o filho portador de qualquer deficiência (já que o texto legal não explicitava a espécie de deficiência) que o impossibilitasse para o trabalho, na falta do pai ou da mãe, portanto, no caso da morte e/ou ausência prolongada de qualquer um deles, teria assegurado o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Destaque-se que o direito real de habitação pode ser definido como o direito personalíssimo de **morar**, gratuitamente, em imóvel alheio ou do qual não seja o único proprietário.

Com a vigência da norma (Art. 1.611 do CC/16), assegurava-se à pessoa com uma deficiência que a impossibilitasse de trabalhar o **direito social à moradia**, o qual, automaticamente, passou a integrar o rol dos seus direitos fundamentais.

## **O RETROCESSO: A REVOGAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Entretanto, em menos de 3 (três) anos, ou em menos de 26 meses, o direito fundamental conquistado foi simplesmente revogado, sem qualquer ressalva, com o advento do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, cujo Artigo 2.045 revogou expressamente o Código Civil de 1916 e, com ele, o direito real de habitação da

pessoa com deficiência<sup>8</sup>.

O Código Civil vigente assim dispõe sobre o direito real de habitação:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Fácil notar, pela leitura do texto legislativo atual, que revogou completamente o anterior no tocante ao direito real de habitação, a ausência de qualquer menção à pessoa com deficiência, de forma que tal direito humano fundamental foi simplesmente abolido do ordenamento jurídico nacional; pasme ilustre leitor, por meio de norma infraconstitucional, ao arripio da Constituição Federal.

Em 30 de março de 2007, o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008; e, depois de promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, teve início sua vigência no plano interno.

Contudo, tanto a Convenção quanto o Protocolo Facultativo não fazem menção direta e expressa ao direito real de habitação da pessoa com deficiência, mas dispõem sobre o direito social à moradia.

---

<sup>8</sup> Art. 2.045. Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.

Em 6 de julho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.146, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, em seus 127 artigos, assegura inúmeros direitos à pessoa com deficiência, na esteira da Convenção Internacional.

A referida Lei tem um Capítulo próprio, de número V, destinado a assegurar o direito social à moradia da pessoa com deficiência, com três Artigos (Arts. 31 a 33, Lei 13.146/15), e mais uma vez se nota o sepulcral silêncio quanto ao direito real de habitação:

Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva.

§ 1º O poder público adotará programas e ações estratégicas para apoiar a criação e a manutenção de moradia para a vida independente da pessoa com deficiência.

§ 2º A proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do Suas à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos.

Art. 32. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I - reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência;

II - (VETADO);

III - em caso de edificação multifamiliar, garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos;

IV - disponibilização de equipamentos urbanos comunitários acessíveis;

V - elaboração de especificações técnicas no projeto que permitam a instalação de elevadores.

§ 1º O direito à prioridade, previsto no caput deste artigo, será reconhecido à pessoa com deficiência beneficiária apenas uma vez.

§ 2º Nos programas habitacionais públicos, os critérios de financiamento devem ser compatíveis com os rendimentos da pessoa com deficiência ou de sua família.

§ 3º Caso não haja pessoa com deficiência interessada nas unidades habitacionais reservadas por força do disposto no inciso I do caput deste artigo, as unidades não utilizadas serão disponibilizadas às demais pessoas.

Vedação do retrocesso – Um caso real.	Fabio Bauab Boschi.
---------------------------------------	---------------------

Art. 33. Ao poder público compete:

I - adotar as providências necessárias para o cumprimento do disposto nos arts. 31 e 32 desta Lei; e

II - divulgar, para os agentes interessados e beneficiários, a política habitacional prevista nas legislações federal, estaduais, distrital e municipais, com ênfase nos dispositivos sobre acessibilidade.

E, assim, já se passaram mais de 15 anos desde que sepultamos de vez um direito fundamental conquistado, devidamente incorporado ao rol dos direitos sociais da pessoa com deficiência, em flagrante retrocesso de um direito humano (fundamental) que, por não ser sequer lembrado, passa despercebido pela Sociedade e pela comunidade jurídica.

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

A Vedação do Retrocesso é um Princípio Constitucional positivado implicitamente e pode ser deduzido do texto da Constituição Federal vigente interpretando-se os parágrafos 1º, 2º e 3º, do Artigo 5º, em conjunto com o Parágrafo 4º, do Artigo 60, todos da Lei Maior<sup>9</sup>.

Pedro Lenza (2011, p. 985) assim o define:

(...) **o princípio da vedação ao retrocesso**, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effetc liquet*.

Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.

---

<sup>9</sup> Art. 5º. (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...). § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. [...]



De forma lapidar e mais abrangente, Canotilho leciona (1998. p. 320-1):

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...).

De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais.

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Na mesma linha, a doutrina sempre precisa do conselheiro do Tribunal Constitucional português Vital Moreira (1984. p. 95):

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

[...] Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do “Estado social”.

Vedação do retrocesso – Um caso real.	Fabio Bauab Boschi.
---------------------------------------	---------------------

Referido princípio tem plena aplicação por parte do nosso Supremo Tribunal Federal, como se pode apreender do seguinte excerto:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados (STF - ARE 639337 AgR/SP – Min. Celso de Melo – j. 23/08/2011 - v.u.).

## **SOLUÇÃO JURÍDICA OU PRESERVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL**

Pensamos que, ao escrever um Artigo jurídico e apresentar um problema legal, o operador do Direito tem o dever de apresentar a solução, sob pena de pecar pela omissão doutrinária, sem ressalva da incompletude do texto.

A solução para a situação jurídica apresentada é considerar vigente, válido e eficaz o texto do parágrafo 3º, do Artigo 1.611, do Código Civil de 1916, considerando-o não revogado e o interpretando em consonância com o Artigo 1.831 do Código Civil de 2002 (vigente), como única forma legal de preservar o direito real de habitação da pessoa com deficiência e, assim, assegurar a vigência, validade e eficácia da própria Constituição Federal.

Observamos, neste ponto, que não se trata de ultratividade da norma revogada, pois tal efeito só é possível para aqueles casos concretos em que uma determinada situação jurídica tenha se formado na vigência de uma Lei, observando seus comandos jurídicos e, depois, que esta Lei venha a ser revogada, vez que, salvo casos específicos, a Lei revogadora não tem efeito retroativo, devendo respeitar: o direito adquirido, a coisa julgada e o ato e ou negócio jurídico perfeito, como prescreve a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>10</sup>.

Nesses casos, portanto, a Lei em vigor no momento da consolidação do direito adquirido, da formação da coisa julgada ou da concretização do ato e ou do negócio jurídico, ainda que já revogada, é que deverá reger a situação jurídica. É esse fenômeno que se denomina ultratividade da Lei (revogada).

A solução por nós proposta é outra. Cremos que a hipótese é de aplicação do Artigo 2º, *caput*, da LINDB, cujo texto dispõe: “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a Lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

O Artigo acima referido trata do Princípio da Continuidade da Norma até que outra a altere ou revogue; pois bem, no nosso caso concreto, podemos afirmar que o direito real de habitação da pessoa com deficiência não foi alterado ou modificado por qualquer Lei.

---

<sup>10</sup> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

De outro lado, como se trata de um Direito Humano Fundamental e, ao mesmo tempo, um direito social constitucionalmente assegurado, jamais poderia ser revogado (abolido), seja por norma constitucional, seja por norma infraconstitucional (Código Civil de 2002), sob pena de inadmissível retrocesso.

Assim, salvo melhor juízo, devemos considerar que a Disposição Legal especialíssima que conferiu o direito real de habitação à pessoa com deficiência (Art. 1.611, § 3º, CC/16) não foi revogada pelo advento do Código Civil de 2002 (malgrado a disposição expressa do Art. 2.045 desse diploma legislativo) que é, nesse contexto, Lei geral em face daquela disposição normativa.

Em apoio à nossa tese, citamos o parágrafo 2º do Artigo 2º da LINDB: a Lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a Lei anterior.

Trata-se de aplicar o Princípio da Compatibilidade das Normas, que determina que deve permanecer vigente a norma anterior compatível com a posterior, e lembra nesse ponto que, no mais das vezes, Lei Especial anterior deve prevalecer sobre a Lei geral posterior, quando há compatibilidade.

No sentido do que foi dito, Diniz (2013, p. 107) nos ensina que:

Em caso de antinomia entre o critério de *especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica.

E Gonçalves (2018, p. 68) segue o mesmo pensamento: “[...] se o conflito se verificar entre uma norma especial – anterior – e outra geral – posterior, prevalecerá o critério da *especialidade*, aplicando-se a primeira norma [...]”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como queríamos demonstrar, a abolição do direito real de habitação da pessoa com deficiência, levada a efeito pelo vigente Código Civil, ao revogar seu antecessor (CC/16), único diploma legislativo que a previa expressamente, não ocorreu.

A Vedação do Retrocesso, Princípio Constitucional aplicável tanto às normas constitucionais quanto às normas infraconstitucionais, impede que se considere revogada qualquer norma jurídica que preveja e assegure um direito humano fundamental, em sua dimensão individual ou social, de forma que o Parágrafo 3º do Artigo 1.631 do Código Civil de 1916 permanece em vigor, devendo ser interpretado em consonância com o vigente Artigo 1.831 do Código Civil de 2002.

Assim, permanece válido, vigente, eficaz e em vigor o direito real de habitação da pessoa com deficiência.

Oxalá nossos Tribunais, quando instados a solucionar situação jurídica aqui retratada, deem a ela a solução proposta por nós.

Vedação do retrocesso – Um caso real.	Fabio Bauab Boschi.
---------------------------------------	---------------------

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Vital. **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional. 1984. v. 3.