

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO - PROPPEC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA -
PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA - CMCJ**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO BRASIL: O PAPEL
DO POLÍTICO DO DIREITO FACE ÀS DEMANDAS DA REALIDADE
SOCIAL E A CARÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

RODRIGO DIEGO JANSEN

Itajaí (SC), julho de 2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO - PROPPEC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA -
PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA - CMCJ**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO BRASIL: O PAPEL
DO POLÍTICO DO DIREITO FACE ÀS DEMANDAS DA REALIDADE
SOCIAL E A CARÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

RODRIGO DIEGO JANSEN

Dissertação submetida ao Programa de Pós-
Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica –
PPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias

Itajaí (SC), julho de 2010

AGRADECIMENTO

À Coordenação, aos Professores e aos Funcionários do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, pelo apoio e atenção dispensada na consecução desta missão acadêmica, que faço em nome de Paulo Márcio Cruz, Jaqueline Moretti Quintero e Alexandre Zarske de Mello.

Aos meus colegas que tornaram-se amigos durante esta trajetória, ora representados na pessoa de Lucilaine Ignacio da Silva e Airto Chaves Junior.

À meu distinto e fraterno amigo Napoleão Bernardes Neto, por ter me sugerido o mestrado, sem o qual não teria tomado conhecimento do fascinante mundo do magistério.

À meus irmãos Rafael e Larissa, pelo apoio e incentivo em todos os momentos.

Em especial aos meus pais Djalma e Vera, que até hoje privam-se de realização particulares em prol de seus filhos. Fica aqui registrado meu enorme amor e gratidão, que sem os quais eu nada seria.

À todos vocês, meu muito obrigado...

DEDICATÓRIA

À Professora Maria da Graça dos Santos Dias, minha mentora,
pela afetuosa convivência, por toda atenção dispensada,
por todos os conselhos e pelas ricas lições de vida.

Foram momentos aprazíveis durante esta jornada e
que palavras seriam insuficientes para expressar
todo meu amor e consideração.

À Michelle Dias e Túlio César Dias, que me aceitaram
como parte integrante da família.

Ao Professor Dr. Moacyr Motta da Silva
pelo exemplo de pessoa e Professor,
dedico-lhes este trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, a Coordenação do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), julho de 2010

Rodrigo Diego Jansen

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACIB	Associação Empresarial de Blumenau
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BNH	Banco Nacional de Habitação
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CEF	Caixa Econômica Federal
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CUCA	Cadastro Único do Cidadão Atingido
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
EC	Emenda Constitucional
FCP	Fundação da Casa Popular
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IAPs	Institutos de Aposentadorias e Pensões
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
PIS	Programa de Integração Social

PMCMV	Programa Minha Casa, Minha Vida
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RET	Regime Especial de Tributação da Construção Civil
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Direito fundamental:

“Conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, expressões da dignidade do homem, reunindo parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positiva, que legitima o Estado Social de Direito”¹

Direito fundamental social:

“Os direitos fundamentais sociais tratam-se de direitos positivos garantidos pelo Estado, significando que o cidadão tem o direito de receber do Estado prestações, a exemplo do direito à saúde, à educação, à vida e à moradia.”²

Direitos sociais:

“Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.”³

¹ PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid, 1995, p. 469.

² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução espanhola. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 174-185.

³ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 203.

Direito à moradia:

Direito de segunda dimensão. Direito fundamental social que tem por objetivo responder à necessidade existencial do ser humano de proteção e segurança.

Políticas públicas:

“Compete aos Municípios a implantação de planejamento urbano que assegure a todos o direito à cidade. Essa competência está fixada no art. 182 da Constituição Federal que atribui aos Municípios a missão de garantir o bem-estar de seus habitantes por meio de implantação de política de desenvolvimento urbano que seja capaz de ‘ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade’.”⁴

Política Jurídica:

Disciplina que tem como objeto o Direito que deve ser e como deva ser, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente.”⁵

Operador Jurídico:

“Diz-se do advogado, do consultor jurídico, do promotor de justiça, do juiz, enfim, de todo aquele que legitima e legalmente participe das lides jurídicas. Todo operador jurídico, capaz de renovar ou corrigir a lei, para dar-lhe melhor e maior alcance social, age como Político do Direito.”⁶

Moradia:

“É o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.”⁷

⁴ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 76.

⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC. 2000, p. 77.

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. 2000, p. 72-73.

⁷ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008, p. 87.

SUMÁRIO

RESUMO	XII
RESUMEN	14
INTRODUÇÃO	14
 Capítulo 1.....	 18
O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	18
 1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	 18
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
1.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	35
1.4 O DIREITO À PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	39
1.5 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL SOB O ENFOQUE DE SUA FUNÇÃO SOCIAL – RESGATE HISTÓRICO	43
1.6 O DIREITO À MORADIA NA EMENDA CONSTITUCIONAL N ° 26, DE 14-2- 2000	51
 Capítulo 2.....	 55
POLÍTICA URBANA E DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	55
 2.1 FUNDAMENTOS E CONCEITO DO DIREITO À MORADIA.....	 55
2.2 A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA E O DIREITO À MORADIA	60
2.3 O ESTATUTO DA CIDADE E A QUESTÃO DA MORADIA	69
2.3.1 Plano Diretor.....	75

2.3.2 Os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para a concretização do direito à moradia.....	78
2.4 O COMPROMETIMENTO DO ESTADO FACE À REALIDADE SOCIAL	83
2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE HABITAÇÃO	93
 Capítulo 3.....	 97
O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	97
 3.1 A POLÍTICA JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO JUSTO, ÚTIL E LEGÍTIMO	 97
 3.2 A AÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO OPERADOR DO DIREITO FACE À REALIDADE SOCIAL E O DIREITO À MORADIA	 107
 3.3 POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DA CIDADE DE BLUMENAU – UM ESTUDO DE CASO	 119
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 127
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	 133
 ANEXOS	 139

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo “O Direito Fundamental à Moradia no Brasil: o papel do Político do Direito face às demandas da realidade social e a carência das políticas públicas”, desenvolvido na linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito, da Área de Concentração de Fundamentos do Direito Positivo. Tem como objetivo institucional produzir uma Dissertação para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Tem por objetivo científico geral analisar o Direito à Moradia enquanto Direito Fundamental Social assegurado constitucionalmente, como instrumento de garantia e respeito ao princípio da dignidade da Pessoa Humana. Neste sentido problematiza-se o papel do Político do Direito face aos déficits de moradia e das demandas da Sociedade brasileira diante da fragilidade das Políticas Públicas de Habitação. O trabalho está dividido em três capítulos que visam responder as hipóteses levantadas: 1ª) O Direito à Moradia constitui um Direito Fundamental de terceira dimensão – Direito Social, e, através de implementação de Políticas Públicas poderia constituir-se uma Sociedade mais justa, livre e solidária; 2ª) A ausência de comprometimento do Poder Público pode ser compreendido como uma negação de direitos, ferindo, assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e agravando a situação de exclusão social; 3ª) A implementação de Políticas Públicas pode constituir-se em uma modalidade de garantismo constitucional. As políticas públicas devem garantir o direito fundamental à moradia; 4ª) O papel fundamental que desempenha o Político do Direito frente à carência de Políticas Públicas situa-se no levantar a realidade social, na proposição de Políticas Habitacionais, na elaboração de normas jurídicas, na fiscalização do Executivo e Legislativo, no asseguramento do Direito Fundamental à Moradia. No desenvolvimento da pesquisa utilizou-se o método dedutivo e indutivo, partindo-se da abordagem geral do tema, chegando-se a um estudo de caso – Política Municipal de Habitação – em caráter de emergência.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objeto de estudio "El derecho fundamental a la vivienda en Brasil: el papel del Político del Derecho frente a las demandas de la realidad social y la falta de políticas públicas", desarrollado en la línea de investigación de Producción y Aplicación del Derecho, Área de Concentración de Fundamentos del Derecho Positivo. Su objetivo institucional es producir una tesis para obtener el título de Máster en Ciencias Jurídicas en el Postgrado en Ciencias Jurídicas - PPCJ, de la Universidad del Vale do Itajaí - UNIVALI. Su objetivo científico general es analizar el derecho a la vivienda como un derecho social fundamental garantizado por la Constitución, como instrumento de garantía y respeto al principio de la dignidad de la persona humana. En este sentido, se examina el papel del Político del Derecho frente a las carencias en materia de vivienda y las exigencias de la Sociedad Brasileña ante la fragilidad de las políticas públicas relativa a la vivienda. El trabajo se divide en tres capítulos que tienen como objetivo cumplir con las hipótesis: 1ª) El derecho a la vivienda es un derecho fundamental de tercera dimensión - derecho social -, y mediante la aplicación de la política pública podría dar lugar a una sociedad más justa, libre y solidaria; 2ª) La falta de compromiso por parte del Gobierno se puede entender como una negación de los derechos, lesionando el principio fundamental de la dignidad humana y agravando la situación de exclusión social; 3ª) La implementación de Políticas Públicas puede constituir una especie de garantía constitucional. Las políticas públicas deben garantizar el derecho fundamental a la vivienda; 4ª) El papel fundamental del político del derecho frente a la falta de una política pública radica en el planteo de la realidad social, en la propuesta de Políticas Habitacionales, en la elaboración de las normas legales, en la supervisión de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, para asegurar el derecho fundamental a la vivienda. Durante la investigación se utilizaron los métodos inductivo y deductivo, a partir del planteamiento general del tema, llegando a un estudio de caso - Política Municipal de Vivienda - una emergencia.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado “O Direito Fundamental à Moradia no Brasil: o papel do Político do Direito face às demandas da realidade social e a carência das Políticas Públicas” tem por objetivo institucional a produção de uma Dissertação para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Seu objetivo científico é investigar e analisar as Políticas Públicas de habitação implementados no Brasil como forma de efetivação do Direito Fundamental à Moradia, assegurada constitucionalmente, pois com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais expressamente enunciados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todo cidadão tem o direito – como inerente à dignidade humana – de ver assegurado a si e a sua família, dentre outros, o direito à habitação.

No entanto, sabe-se que a carência de moradia é um fato histórico e social contristador. Não é difícil localizar pessoas que vagam em nosso país à mercê de uma sobrevivência improvisada e imediatista. É enorme o número de hipossuficientes que não têm onde morar e improvisam seus próprios abrigos, elevando número de favelas e cortiços, ferindo, a dignidade humana de imensa parcela de cidadãos brasileiros.

O problema da moradia nas cidades é um tema que desde muito tempo ocupa os debates sobre geografia urbana e o planejamento das cidades. O acesso informal ao solo e conseqüentemente à moradia pode ser considerado como um dos maiores problemas das últimas décadas, sobretudo agravado pela falta (intencional) de Políticas Habitacionais adequadas para atender a população mais carente.

O mercado imobiliário capitalista, os baixos salários e a desigualdade social, presente desde o início da formação da Sociedade brasileira,

impossibilitam o acesso à moradia para grande parte da população, estas que, principalmente nas últimas décadas, vêm sendo produto e produtor dos processos de periferização, segregação, degradação ambiental, má qualidade de vida e violência nas cidades.

Não obstante, tal problema permanece como uma questão insuperável e que está a reclamar, talvez mais do que nunca, especial atenção por parte dos que se ocupam do tema, dos governantes, de toda a Sociedade e do Político Jurídico.

Os objetivos específicos deste estudo dizem respeito à análise de como o Poder Público, por meio de Políticas Públicas, pode implantar o direito à moradia e como o Político do Direito pode e deve atuar face às demandas da realidade social e a carência de Políticas Públicas.

O trabalho está estruturado em três capítulos. O Capítulo 1 aborda conceituar e analisar a Teoria dos Direitos Fundamentais e a inclusão do Direito à Moradia no rol dos Direitos Fundamentais Sociais, expressamente enunciado no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No Capítulo 2 analisa-se o papel da Política Pública Urbana que visa assegurar o direito à moradia, bem como a realidade social brasileira de habitação.

O Capítulo 3 trata do papel do Político do Direito face à realidade social brasileira e a carência de Políticas Públicas que visam resguardar o direito fundamental à moradia.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade do estudos e das reflexões sobre o estudo do Direito Fundamental à Moradia garantido na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

Para a presente Dissertação foram levantadas os seguintes Problemas de Pesquisa:

a) A crise do Estado e do Direito, se reflete na vida social, agravando o problema da concreção dos direitos sociais mínimos para os cidadãos. Diante disto, como cumprir as metas das Políticas Públicas, em especial ao déficit nas condições de moradia no Brasil?

b) As Políticas Públicas de moradia para a população de baixa renda favoreceria o processo de integração social, eliminando ou reduzindo a exclusão social?

c) As Políticas Públicas implementadas no Brasil, em especial no estudo de caso da cidade de Blumenau/SC estão garantindo a efetividade do direito fundamental à moradia, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

d) Qual a contribuição do Político do Direito para o atendimento da pretensão posta pela população hipossuficiente em face da ausência de mecanismos suficientes para a garantia do Direito à Moradia?

Aos problemas apresentados, foram formuladas as seguintes hipóteses:

a) Através de implementação de Políticas Públicas poderia constituir-se uma Sociedade mais justa, livre e solidária.

b) A ausência de comprometimento do Poder Público pode ser compreendido como uma negação de direitos, ferindo, assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e agravando a situação de exclusão social.

c) A implementação de Políticas Públicas pode constituir-se em uma modalidade de garantismo constitucional. As políticas públicas devem garantir o direito fundamental à moradia.

d) O papel fundamental que desempenha o Político do Direito frente à carência de Políticas Públicas situa-se no levantar a realidade social, na proposição de Políticas Habitacionais, na elaboração de normas

jurídicas, na fiscalização do Executivo e Legislativo, no asseguramento do Direito Fundamental à Moradia.

Quanto à Metodologia empregada na elaboração do presente trabalho, registra-se que, na Fase de Investigação⁸ foram utilizados os Métodos Dedutivo e Indutivo⁹.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁰, da Categoria¹¹, do Conceito Operacional¹² e da Pesquisa Bibliográfica¹³.

Deve-se deixar consignado que o trabalho renuncia a pretensão de completude em razão dos extremados aspectos e questionamentos que o tema suscita. Assim, o propósito é contribuir, de alguma forma, para a discussão, não apenas do conteúdo, significado e eficácia do Direito Fundamental à moradia, mas também das alternativas que a ordem jurídica oferece para a superação dos graves e angustiantes problemas que a realidade social impõe.

⁸ “[...] é o momento no qual o Pesquisador busca e recolhe dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007, p. 101.

⁹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. “[...] estabelecer uma formulação geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2007, p. 104.

¹⁰ “[...]” explicitação prévia do(s) motive(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2007, p. 62.

¹¹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2007, p. 31.

¹² “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2007, p. 45.

¹³ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudências e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2007, p. 239.

Capítulo 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem em sua evolução histórica dificultam definir-lhe um conceito preciso, aumentando essa dificuldade em razão das várias expressões encontradas na doutrina, a exemplo de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Norberto Bobbio, em sua clássica obra “A Era dos Direitos” ao comentar o significado da categoria “direito” na expressão “direitos do homem”, afirma que o debate é permanente e complexo, contribuindo para aumentar o debate e o desencontro cada vez mais freqüente entre juristas de tradição e cultura continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam freqüentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras.¹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer sobre as várias expressões adotadas a respeito dos direitos fundamentais, menciona:

[...] tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e

¹⁴ BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 7.

“direitos humanos fundamentais.”¹⁵

José Afonso da Silva argumenta que os direitos fundamentais do homem significam “direitos fundamentais da pessoa humana”. O autor afirma que é com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, que tem por conteúdo os direitos essenciais à vida humana com dignidade. A expressão direitos fundamentais do homem refere-se a “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.”¹⁶

Peces-Barba Martinez discorre que os direitos fundamentais:

[...] são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, reunindo parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positiva, que legitima o Estado Social de Direito.¹⁷

Verifica-se, pois, que os direitos fundamentais alinhados à terminologia utilizada pela Constituição Federal de 1988 é gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 31.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182-184.

¹⁷ PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid, 1995, p. 469. Tradução livre do autor.

(título VII).¹⁸

Luiz Cláudio Romanelli acrescenta que “os direitos fundamentais são entendidos como o mínimo necessário que uma pessoa necessita para viver, e os três pilares destes direitos são: a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana”.¹⁹

Gilson Luiz Inácio leciona:

[...] Assim, os direitos fundamentais almejam criar e assegurar a existência de vida na liberdade e na dignidade, sendo que a moradia, necessidade básica, integrando o direito à subsistência do ser humano, quer no seu aspecto físico, moral ou emocional, traduz-se, em última análise, em direito à vida. E a vida, não podendo ser mensurada por critérios econômicos, obrigatoriamente deve merecer, por parte do Estado, atuação no sentido de que a sua política seja capaz de atender e concretizar esse direito.²⁰

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição, ou mesmo, constam de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.²¹

A bem da verdade, nem sequer a denominação “direitos fundamentais” é a única empregada pelos autores para se referirem a essa

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 537.

¹⁹ ROMANELLI, Luiz Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 54.

²⁰ INACIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 37.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2000, p. 182-184.

categoria especial de direitos integrantes dos diversos ordenamentos jurídicos. Expressões como “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos civis”, e outras formas “são utilizadas para caracterizar as mesmas situações jurídicas, coincidindo sua abrangência total ou parcialmente. Além disso, a expressão genérica “direitos fundamentais” comporta inúmeras subdivisões, de que são exemplos os “direitos individuais”, os “direitos sociais” e os “direitos políticos”.

Perez-Luño apresenta diferença de entendimento entre as expressões ‘derechos humanos’ e ‘derechos fundamentales’. Afirma, nesse sentido, que ‘derechos humanos’, termo dotado de contornos mais amplos e imprecisos, corresponde ao:

[...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.²²

Já a expressão “derechos fundamentales” para Perez-Luño significa propriamente “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, el la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de uma tutela reforzada.”²³

A atual dogmática constitucional refere-se aos direitos fundamentais sob duas concepções, material e formal, sendo que o conceito formal é o que traz maior segurança como critério de classificação, e é o mais importante nos Estados dotados de Constituições escritas e rígidas.

Sobre o critério formal, Carl Schmitt argumenta que os

²² PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales** – Temas clave de la constitucion española, colección por Pedro de Veja. 6. ed. Madrid, Tecnos, 1995, p. 46. Tradução livre do autor.

²³ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 1995, p. 46.

direitos fundamentais são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de proteção, ou segurança, ou pelo menos de alteração dificultada.²⁴

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino complementam:

Segundo o critério formal, são direitos fundamentais todos aqueles colocados na Constituição, e assim classificados pelo ordenamento jurídico vigente. Não é necessário que a Constituição expressamente designe determinado direito como fundamental, tampouco que ele conste de um catálogo individualizado no corpo da Carta; baste que esse direito plasmado em qualquer ponto do Texto Maior, em razão de sua derivação a partir dos princípios maiores ínsitos ao sistema constitucional, ou pelo fato de derivar de outros direitos expressamente definidos como fundamentais, desempenhe papel análogo aos destes últimos na estruturação do ordenamento do Estado.²⁵

A concepção material, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino varia de acordo com os valores dominantes no Estado, consagrados em sua Constituição. O conceito material de direito fundamental, por evidente, é de grande relevância nos Estados desprovidos de Constituição escrita, nomeadamente a Inglaterra, merecendo destaque as lições dos autores:

[...] Nos demais Estados, a classificação de um direito não integrante da Constituição como materialmente fundamental somente terá importância se a própria Constituição determinar que a eles se aplique (ao menos parcialmente) o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais. Mesmo nesses casos, dependerá em grande parte da jurisprudência dos tribunais constitucionais a identificação das consequências concretas dessa

²⁴ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid, Alianza Universidade: Textos, 1996, p. 139.

²⁵ PAULO e ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 2.

distinção. De todo modo, a concepção de uma “fundamentalidade material” possibilita reconhecer-se o caráter aberto, não exaustivo, das enumerações de direitos fundamentais constantes das Cartas escritas (nas Constituições não escritas jamais pairou dúvida sobre essa abertura do rol de direitos fundamentais), que podem incorporar, aos já existentes outros direitos, inseridos no próprio Texto Maior, ou decorrentes de situações surgidas com o evoluir da Sociedade e originalmente não previstas [...], ou consubstanciadas em tratados internacionais, etc.²⁶

Carl Schmitt destaca que os direitos fundamentais, do ponto de vista material, variam de Estado para Estado, dependendo da ideologia e da forma traçadas:

El auténtico derecho fundamental del individuo es siempre absoluto, y correspondiente al principio de distribución Del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y la facultad del Estado, limitada en principio. De estas condiciones de absoluto y de ilimitado en principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, en el concepto próprio Del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado en forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley.²⁷

Na conjugação das duas concepções dos direitos fundamentais, conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles previstos em

²⁶ PAULO e ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente. **Direitos fundamentais**. 2003, p. 3.

²⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 1996, p. 139.

norma de especial significado – presentes na Constituição formal e/ou materialmente – derivados dos princípios maiores consagrados pelo sistema constitucional, estruturantes do ordenamento jurídico objetivo do Estado, os quais conferem poderes ou pretensões jurídicas subjetivas às pessoas naturais ou coletivas.

De outro lado, importante ressaltar que o conceito de direitos fundamentais não se confunde com o conceito de direitos humanos, apesar de ambos definirem como titular o indivíduo, o ser humano e, ainda hoje, frequentemente serem usados como sinônimos.

Segundo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet os direitos fundamentais são:

[...] aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, por todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).²⁸

Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, Willis Santiago Guerra Filho leciona:

De um ponto de vista histórico, ou seja, da dimensão empírica, os Direitos Fundamentais são, originalmente, Direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os Direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2003, p. 36.

produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados Direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, Direitos morais, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas do Direito interno.²⁹

Deve-se registrar que os direitos fundamentais têm um caráter formal, decorrente de um processo legislativo que chega à sua positivação, sendo, então, um direito outorgado, enquanto os direitos humanos são direitos que dispensam outorga de determinado Estado, pois são ínsitos à natureza do próprio ser humano. Direitos humanos são produção cultural do homem, ou seja, da vida em Sociedade estando, portanto, mais ligados à corrente jusnaturalista.³⁰

Fábio Konder Comparato destaca que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. De acordo com essa terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.³¹

Perez-Luño acrescenta, ainda, que o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre as categorias direitos humanos e direitos fundamentais é o da concreção positiva. “Direitos humanos” revelou-se conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de Direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de Direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 38.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 5.

³¹ COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação hitórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

garantidos pelo Direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de Direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.³²

Diz-se, ainda, que os direitos humanos possuem caráter supralegal, posto que pertencem ao homem, assim como são anteriores e superiores a qualquer legislação escrita, ou mesmo acordos firmados entre países. Foi justamente esta a fundamentação para o julgamento dos crimes cometidos contra os judeus, durante a Segunda Guerra Mundial. Alegavam os militares do Reich que a norma legal tipificadora da conduta era posterior ao fato e, assim, não poderia retroagir para condená-los. A resposta a tal argumento reconheceu que a norma tipificadora não estava em vigor na época, não obstante, seu conteúdo já era obrigatório, pois representava um direito superior às leis, como um direito divino, natural.³³

Certo, porém, é que sob o predomínio do Positivismo Jurídico rejeitou-se a teoria do Direito Natural, de forma que os direitos humanos, não estando positivados e não havendo sanção previamente determinada para o seu desrespeito, eram simplesmente ignorados, o que obstava a sua materialização. No entanto, se em algum momento se pensou que os direitos fundamentais seriam despicientes, ante a supralegalidade dos direitos humanos, houve grande engano, conforme Alexandre de Moraes:

[...] no último século prevaleceu o ideário positivista, que rechaça fortemente a concepção jusnaturalista, negando qualquer coercitividade ou exeqüibilidade ao direito natural, considerando-o apenas um juízo de valor, uma proposição moral que não pode ser oponível a todos. Para a corrente positivista só há direito na lei e não se questiona o fundamento axiológico da mesma, isto é, a legitimidade, o fundamento da validade da norma. Nesse contexto,

³² PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 1995, p. 46.

³³ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 2005, p. 5.

direito e justiça não necessariamente caminham juntos o que acaba por abrir portas largas à arbitrariedade.³⁴

Por conta disso, a recepção e positivação dos direitos humanos nas cartas constitucionais deram origem aos direitos fundamentais, que vão ao encontro da ânsia da sua materialização, traduzindo a consciência do povo de que certos direitos do homem são de tal relevância que o seu desrespeito inviabilizaria a sua própria existência e, por via reflexa, inviabilizaria a materialização de um Estado Democrático de Direito.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino destacam, ainda, que com a constitucionalização dos direitos fundamentais nas modernas Constituições - mormente os direitos voltados para a pessoa natural ou para os grupos sociais, - o ser humano passou a ser considerado referência central da titularidade dos direitos constitucionais.³⁵

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.³⁶

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 2005, p. 5.

³⁵ PAULO e ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo. **Direitos fundamentais**. 2003, p. 4.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

Em breve síntese, conclui-se que os direitos fundamentais, atualmente, são considerados como a quintessência de um ordenamento constitucional, gravados como cláusulas pétreas (pelo menos parte deles, mormente os direitos individuais) na maioria das Constituições do mundo, contemporâneo, consubstanciando um núcleo insuscetível de abolição pelo poder constituinte de reforma.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As raízes filosóficas dos direitos fundamentais encontram-se intimamente ligadas ao pensamento humanista. Durante os séculos XVI e XVII, produziu-se uma decisiva transformação da abordagem das leis naturais que antes se encontravam no plano da subjetividade e, nesse período, passaram a constituir uma ampla teoria dos direitos naturais. Sobre o tema Andrietta Kretz leciona:

As Teorias Políticas de Hobbes e de Locke caracterizam-se por sua contribuição decisiva na autodeterminação do indivíduo. Isto porque, pelo fato de ambos serem contratualistas quanto à formação do Estado, por si só já demonstram liberdade do indivíduo de escolha, de manifestar sua vontade e razão.³⁷

John Locke, também se preocupou com a defesa dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, tendo elevado esses direitos a categorias máximas da Sociedade Civil³⁸. Sobre o tema, citam-se as lições de Andrietta Kretz:

³⁷ KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 51.

³⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 466.

O estado de natureza, no qual os humanos viviam antes da constituição da Sociedade política, caracterizava-se, para Locke, pela liberdade que o homem possuía para ordenar suas ações e regular suas posses e as demais pessoas, conforme sua conveniência, observando, porém, os limites da lei da natureza (razão) e não dependendo do arbítrio de qualquer pessoa que seja. Caracterizava-se, também, pela igualdade humana de condições, atinente a qualquer tipo de poder e jurisdição.³⁹

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são conseqüências da própria evolução da humanidade, cujo ideal libertatório principiara desde a antiguidade, a partir da concepção de direitos inatos do homem, em razão de sua, unicamente, condição humana. Aliás, é correto até afirmar que, desde o estado de natureza, onde ainda não havia Sociedade, já se sentiam esses direitos inatos, porque todo homem era livre e igual – até mais livre e mais igual do que o homem na Sociedade – sujeito apenas a restrições impostas pela própria natureza.

Assim, segundo Rousseau, o homem, no estado de natureza, era livre. Não se encontrava sob qualquer jugo. Era capaz até de enfrentar os animais. Os inimigos mais temidos, contra os quais o homem selvagem não tinha meios de defender-se, eram as enfermidades naturais, a infância, a velhice e as doenças de toda espécie. Mas, não obstante isso, o homem selvagem era solitário, simples, sem ambição, sem desejo maior do que a própria conservação. Enfim, os homens da natureza eram iguais e livres.⁴⁰

Ao falar sobre o histórico dos direitos fundamentais, não há como deixar de citar a influência de Kant para a formação do Estado de Direito, uma vez que este entendia que o seu ordenamento deveria externar as

³⁹ KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2005, p. 52.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

exigências de racionalidade e liberdade dos indivíduos, e não como manifestação arbitrária da vontade específica dos que detêm o poder.

Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta que:

[...] no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido T. Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”. É o pensamento Kantiano, nas palavras de N. Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.⁴¹

Peces-Barba explica que até a Modernidade, praticamente, não se falava em direitos fundamentais. No entanto, em um determinado momento da cultura política e jurídica, começaram a ser expostas as idéias, por exemplo, de dignidade humana, de liberdade e de igualdade. Antes disso, alguns autores, a exemplo de Platão, Aristóteles e São Tomás de Aquino, falavam de dignidade, liberdade e igualdade, contudo, não englobavam nelas o conceito de direitos fundamentais.⁴²

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos,

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2003, p. 44.

⁴² PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. 1995, p. 112.

tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados antecedentes dos direitos fundamentais.

O berço dos direitos fundamentais, seguindo as lições de Alexandre de Moraes foi a Inglaterra, através da Magna Carta promulgada por João Sem-Terra em 1215. O referido documento alcançava tão somente a nobreza, porquanto era um documento escrito ao qual o povo não tinha acesso. Foi elaborado por conta das pressões da própria nobreza, com apoio da burguesia inglesa, enumerando prerrogativas aos súditos da monarquia.⁴³

Peces-Barba destaca que os direitos humanos estão no mundo moderno, apesar de terem uma pré-história medieval, de onde surge o limite ao poder político – elemento decisivo – por meio de privilégios outorgados a determinadas classes sociais ou a burguesias das cidades, e que se expressam em textos jurídicos como a Carta Magna de João Sem Terra.⁴⁴

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também é outro marco histórico, valendo conferir as lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou testamento. A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 2005, p. 6.

⁴⁴ PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. 1995, p. 112.

se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789.⁴⁵

O processo de positivação das declarações de direitos nas constituições que se iniciam no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, não desempenhou uma função estabilizadora, pois, do século XVIII até os dias atuais, o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. Conseqüentemente, nas palavras de Loreci Gottschalk Nolasco é difícil atribuir uma dimensão permanente, não variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos.⁴⁶

Norberto Bobbio fervoroso defensor do historicismo sustenta a tese de que os direitos humanos fundamentais são relativos e variáveis. Afirma:

[...] do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁴⁷

Para Roberto Lyra Filho, Direito é um processo de contínua construção e vai sendo construído dentro do mundo histórico e social, ou seja, não há direito, se não há história. O Direito organiza o processo histórico a partir dos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2003, p. 48.

⁴⁶ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008, p. 127.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992, p. 5.

contradições brotarão as novas conquistas.⁴⁸

Os direitos fundamentais surgiram ligados à necessidade de limitação e controle dos abusos do poder próprio do Estado e de suas autoridades constituídas. No primeiro momento, os direitos fundamentais representaram um conjunto de restrições impostas à ingerência do Estado na esfera individual do cidadão e, por essa razão, as primeiras normas consagradoras dos direitos fundamentais são de natureza negativa, pois se limitam a exigir uma obrigação de “não fazer” por parte do Estado.⁴⁹

José Joaquim Gomes Canotilho destaca que, como direitos e atos negativos - prestações negativas por parte do Estado - os direitos fundamentais asseguram ao indivíduo:

- a) o direito de não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos (direito à liberdade de expressão, sem impedimento por parte do Estado);
- b) o direito a não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas (proibição de o Estado violar as correspondências);
- c) o direito a não eliminação de posições jurídicas (direito à não eliminação do direito de herança).⁵⁰

O século passado presenciou, em grande parte como consequência das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Guerra, o surgimento de um novo tipo de relacionamento entre os homens,

⁴⁸ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 22.

⁴⁹ PAULO e ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente. **Direitos fundamentais**. 2003, p. 7.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 32.

baseado na chamada solidariedade. De fato, uma parcela relevante do que acontece nos dias atuais teve origem nos efeitos da criação e da assimilação do conceito de “humanidade”, elaborado para dar resposta aos crimes praticados, no período de 1933 a 1945, pelo regime nazi-fascista. Foi a noção de “crime contra a humanidade”, até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica. Posteriormente, a utilização do conceito foi ampliada, inspirando também a proteção de um “patrimônio comum da humanidade”, desta feita contra a exploração desordenada dos recursos naturais.⁵¹

Na expressão do civilista francês Bernard Edelman a humanidade se apresenta como o conceito jurídico adequado para combater todas as formas de barbáries modernas, originadas pelo Estado e pela tecnociência.⁵²

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que uma tábua axiológica foi trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da II Guerra. Nesse novo ambiente, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva se deu por força do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que estatuiu os objetivos da República Federativa do Brasil, entre outros fins, a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária -, e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial.⁵³

Diante do que foi analisado, conclui-se que, nas

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2003, p. 50.

⁵² EDELMANN, Bernard. **La personae em danger**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 528.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2003, p. 137.

Constituições modernas, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também como possibilidade de exigência de uma atuação estatal positiva, voltada para a satisfação dos interesses individuais e coletivos protegidos pelo ordenamento constitucional. Nesse contexto, a partir da chamada segunda dimensão de direitos fundamentais, a Sociedade passou a exigir do Estado uma atuação comissiva em prol do bem-estar do indivíduo, assim entendidos a coletividade, marcando o surgimento dos chamados direitos sociais.

1.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O Estado brasileiro fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e tem por objetivo a construção de uma Sociedade livre, justa, solidária, com a promoção do bem-estar de todos por meio da redução das desigualdades e erradicação da pobreza e da marginalização. Necessário indagar: como cumprir com esta meta sem concretizar direitos sociais mínimos?

Segundo Patrícia Marques Gazola o debate da inclusão ou não dos direitos sociais no rol das matérias que limitam o poder constituinte derivado é uma discussão intimamente ligada à compreensão da natureza desses direitos. Para a referida autora:

Há uma dissensão na doutrina quanto à classificação dos direitos humanos. Parte defende a classificação em gerações e outra parte defende que os direitos humanos classificam-se em dimensões. As dimensões dos direitos humanos correspondem a novas compreensões do mesmo direito, sob enfoques e necessidades novas. Todas as dimensões estão interligadas. Os direitos de primeira dimensão estão intimamente ligados aos de segunda dimensão, aos de terceira etc. A doutrina que defende a classificação dos direitos em gerações pretende separá-los em

categorias diversas como se os direitos fundamentais fossem individualizáveis e independentes.⁵⁴

A compreensão de que os direitos humanos podem ser assegurados de forma compartimentarizada acaba servindo à manutenção da abissal desigualdade social existente no Brasil. Não há que se falar em direitos de primeira, segunda, terceira ou quarta geração, salvo para compreensão de sua historicidade.

Robert Alexy ensina que existe uma fundamental diferença entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais. Os direitos fundamentais de liberdade são considerados como garantias contra o Estado, ou seja, em razão do direito fundamental de liberdade, o Estado não pode privar o cidadão de sua liberdade, sem o devido processo legal. Os direitos fundamentais sociais, por sua vez, tratam-se de direitos positivos garantidos pelo Estado, significando que o cidadão tem o direito de receber do Estado prestações, a exemplo do direito à saúde, à educação, à vida e à moradia.⁵⁵

Patrícia Marques Gazola destaca que os direitos de liberdade somente são alcançados a partir dos direitos sociais. Por conta disso, indaga a autora:

Como assegurar a liberdade de locomoção a quem não tem dinheiro sequer para pagar uma passagem para comparecer a uma entrevista de emprego? Como se assegurar o direito à liberdade de pensamento e expressão a quem não é alfabetizado? De que vale assegurar o direito de propriedade a quem vive nas

⁵⁴ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 44.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução espanhola. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 174-185.

ruas e nada possui?⁵⁶

A referida autora argumenta que sem a efetivação dos direitos sociais mínimos não há que se falar em dignidade humana, muito menos em Democracia, porquanto, o Estado somente é democrático, quando pela constitucionalização e atuação respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Critica ainda a visão de que somente os direitos de liberdade ou de primeira dimensão integram as cláusulas pétreas, pois isto demonstra a falta de compromisso com a justiça social e o desrespeito ao princípio fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que é a dignidade da pessoa humana.

Cármem Lúcia Antunes Rocha destaca que “A democracia não se estabelece sem que existam condições de efetiva participação do cidadão na vida social, cultural e política”. Isso porque, sem o acesso a um mínimo de dignidade, sem acesso às chamadas pré-condições como: educação, saúde, moradia, renda digna, não há como se falar em Democracia.⁵⁷

A elaboração das políticas públicas compete aos administradores, mas esse mérito pode ser sindicado pelo judiciário. Deve ser sindicado por ações coletivas que viabilizem o acesso de todos aos benefícios, sob pena de criação de odiosos privilégios em favor dos mais esclarecidos que buscam o acesso à justiça para “furar a fila” dos mais humildes que sequer têm consciência de seus direitos frente ao Estado. Segundo Patrícia Marques Gazola:

Compete ao executivo e ao legislativo no momento da elaboração das normas orçamentárias observar os objetivos constitucionais de erradicação da pobreza e de se viabilizar o acesso à vida digna. Esses não podem gerenciar livremente os recursos

⁵⁶ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. 2008, p. 45.

⁵⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes et. al. **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 70.

públicos. São gestores de patrimônio do povo que fixou na Constituição balizas axiológicas que devem ser observadas na eleição das prioridades orçamentárias, sob pena de inconstitucionalidade.⁵⁸

A mesma autora, sobre o tema, afirma que:

Em que pese a falta de tradição democrática de nosso povo, que está sempre em busca de “um salvador” entendo que o ativismo judiciário, longe de ser um dano é um benefício à democracia, vez que ensina o povo a lutar de forma pacífica por seus direitos e pedagogicamente faz com que os gestores públicos sejam transparentes e criteriosos na fixação destas ações públicas prioritárias, de forma que possa demonstrar a pertinência na tutela dos interesses públicos superiores. Embora a dignidade da pessoa humana seja o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, seu desrespeito é facilmente identificável nas cidades brasileiras.⁵⁹

Diante disso, deve-se questionar: Que democracia pode ser exercida em um país que não assegura aos cidadãos requisitos mínimos a uma vida digna?

Ricardo Lobo Torres argumenta que “[...] sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.”⁶⁰

Cármem Lúcia Antunes Rocha, ao refletir sobre a dignidade humana, afirma que:

⁵⁸ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. 2008, p. 48.

⁵⁹ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. 2008, p. 49.

⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público**. Revista ciências sociais - edição especial, p. 229, dez de 1997.

[...] no Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com subomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça [...].⁶¹

Assim, torna-se relevante a necessidade de adoção de políticas públicas e decisões sócioeconômicas que incluam todos os homens na convivência harmoniosa, respeitando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A partir do objetivo deste estudo, passa-se à análise do direito à propriedade como conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, tendo por referente a sua previsão constitucional.

1.4 O DIREITO À PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Necessário registrar, de início, a existência de divergência acerca de o direito à propriedade ser ou não considerado um direito fundamental. Para uma melhor compreensão do tema objeto da presente dissertação, imperiosa uma breve explanação a respeito desse pensamento.

Um dos expoentes da tese de que o direito à propriedade não deve ser considerado um direito fundamental é Luigi Ferrajoli. O autor, expressamente, faz críticas a Locke por ter afirmado que a vida, a liberdade e a propriedade são direitos fundamentais. Para Luigi Ferrajoli este pensamento é

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes et. al. **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. 2002, p. 77.

equivocado, pois:

[...] Em su base hay um equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de – derecho de propiedad, como el que se entiende tanto em Locke como Marshall – al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto de propiedad sobre este o aquel bien.⁶²

A tese de Luigi Ferrajoli é baseada na existência de quatro grandes diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. A primeira diferença é que os direitos fundamentais – tantos os direitos de liberdade como o direito à vida e os civis incluídos os de adquirir e dispor de bens objeto de propriedade, como os direitos políticos e os direitos sociais – são universais, reconhecidos da mesma forma e medida; enquanto os direitos patrimoniais – direito de propriedade e os demais direitos reais e também os direitos de crédito – são direitos singulares e que não correspondem a todos, pois, cada pessoa pode ou não ser titular. No caso de ser titular o é sempre com exclusão das demais pessoas, ou seja, pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela quantidade quanto pela qualidade.⁶³

A segunda diferença entre direitos fundamentais e direitos de propriedade reside no fato de que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, intransigíveis e personalíssimos. Já os direitos patrimoniais, por sua vez, são considerados direitos disponíveis por sua própria essência, sendo negociáveis e alienáveis. A terceira diferença é de natureza formal e considerada uma consequência da segunda diferença e tem ligação com a estrutura jurídica dos direitos, ou seja, Luigi Ferrajoli sustenta que os direitos fundamentais têm seu

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil. Traducción: Andrés Ibanez y Andréa Grippi. Madrid, Trotta, 1999, p. 45.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil. Traducción: Andrés Ibanez y Andréa Grippi. Madrid, Trotta, 1999, p. 46.

título imediatamente fixados na lei, significando que todos os direitos fundamentais são regulados por normas constitucionais; enquanto que os direitos patrimoniais são regulamentados por contratos, testamentos e/ou sentenças. Por fim, apresenta a quarta diferença no sentido de que os direitos fundamentais são verticais, pois situados no âmbito do direito público, enquanto os direitos patrimoniais são horizontais, situados no direito privado.⁶⁴

Peces-Barba nega a propriedade enquanto direito fundamental de primeira dimensão, mas a afirma enquanto direito social, ou seja um direito fundamental de segunda dimensão.⁶⁵

Para ele, os direitos fundamentais de primeira dimensão são gerais e aplicáveis a todos. Como a propriedade é escassa e não pode ser garantida a todos, não pode, portanto, ser considerado um direito fundamental de primeira dimensão. Argumenta, entretanto, que o direito à propriedade se trata de um direito social, no sentido de que o Estado deve dar propriedade às pessoas que não as têm.⁶⁶

No entanto, em que pese os argumentos de eminentes doutrinadores, entende-se que o direito à propriedade tem o sentido de que o Estado deve garantir a proteção à propriedade existente, podendo ser considerado, assim, um direito de liberdade.

Além disso, compreende-se também, como Peces-Barba, que o Estado deve, através de políticas públicas, garantir moradia a pessoas que não a possuam, uma vez que a moradia constitui uma necessidade existencial do ser humano. Isso significa reconhecer o direito à moradia como direito

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley Del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andréa Grippi. Madrid, Trotta, 1999, p. 47.

⁶⁵ PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. 1995, p. 109-112.

⁶⁶ PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. 1995, p. 109-112.

fundamental de segunda dimensão, ou seja um direito social. Em decorrência espera-se, por parte Estado, a prestação positiva do direito à moradia, ou seja, que o Estado desenvolva políticas públicas que garantam efetivamente tal direito.

O direito à propriedade é compreendido como o direito à potência e a proteção da propriedade. O Estado deve garantir a propriedade de quem a tiver e possibilitar, via políticas públicas, o acesso à moradia àqueles que não a tem.

Essa é a orientação adotada por Edgar Köhn:

A crítica de Gregório Peces-Barba não pode prosperar, porque ele usa categorias diferentes das usadas na Constituição. Assim, ele não está falando sobre o Direito fundamental em questão, entendendo o Direito Fundamental à propriedade, como um Direito social, no sentido de que o Estado deve dar Propriedade as pessoas que não a tem. O Direito fundamental tutelado pela Constituição, porém, é o Direito à proteção da propriedade [...] Portanto, não há escassez, porque só se refere a Propriedade existente e é um Direito geral, porém específico, ou seja, se aplica a todos de um grupo, no caso se aplica a todos os proprietários. Todos os proprietários têm o Direito fundamental à proteção de sua Propriedade. Portanto, a crítica de Peces-Barba não se aplica ao Direito à Propriedade protegido pela Constituição.⁶⁷

Significa que o reconhecimento constitucional do direito à propriedade como direito fundamental ou direito humano refere-se, essencialmente, em função da proteção pessoal. Conforme Köhn, portanto, toda a propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal deverá ser protegida.

⁶⁷ KÖNH, Edgar. **Direito à propriedade:** potência e proteção. Boletim jurídico. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>, p. 5. Acesso em: 2 de set. 2009.

1.5 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL SOB O ENFOQUE DE SUA FUNÇÃO SOCIAL – RESGATE HISTÓRICO

Antes da primeira Constituição Imperial Brasileira de 1824, dois fatos históricos que a “antecederam” foram decisivos para o desenvolvimento do ciclo constitucional brasileiro, e contribuíram para demonstrar que o modelo institucional desse período visava, exclusivamente, ao regime da propriedade privada.

Segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza “O primeiro fato está relacionado com a Revolução Pernambucana de 1817 – marcada pelo período republicano -, que não prosperou.”⁶⁸

O segundo fato histórico tem relação com a Constituição Portuguesa de 1822 e nas palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

[...] esse documento retratava a concepção vigente acerca da propriedade naquele tempo, não obstante existisse certa precariedade de sua eficácia e aplicabilidade em decorrência da independência já declarada unilateralmente. Até então, não havia qualquer menção ao direito à moradia ou ao princípio da função social da propriedade, pois a Constituição de 1891 não apresentava qualquer consideração quanto a esse aspecto e quanto à realização do interesse social. Naquele período, o enfoque dado, como estrutura principiológica, é percebido no que concerne aos direitos individuais. O direito de propriedade era visto sob a ênfase do direito individual, sem haver preocupação

⁶⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

com o interesse social.⁶⁹

Na Constituição Republicana de 1891 ocorreu uma verdadeira ampliação e aprofundamento do liberalismo, trazendo uma diminuição da limitação do direito de propriedade. A Constituição de 1891 foi marcada pela forte influência da concepção liberalista norte-americana sobre a propriedade individual.

Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza o enquadramento da propriedade à concepção liberalista norte-americana que denotava um caráter absoluto da pessoa humana veio por meio do Ato de Proclamação do Governo Provisório em 15 de novembro de 1889 por ocasião da proclamação da República.⁷⁰

O Estado liberal se caracterizava por uma ação exclusivamente política. Alheio e indiferente à vida econômica e social, o Estado, na sua versão mínima, preocupava-se apenas com a vida política, dispensando ao seu elemento humano, tão-só, um tratamento de proteção das liberdades individuais. No campo social e econômico, todavia, o Estado era passivo, contemplativo, não se envolvendo, destarte, nas relações travadas por seus integrantes. Esse Estado do *laissez faire et laissez passer* vigorou nos séculos XVIII e XIX.

No entanto, foi no próprio século XIX que o mundo assistiu aos primeiros golpes desferidos contra essa doutrina absenteísta do Estado. Durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro em que se inseria essa corrente dominante do pensamento liberal. Contudo, é somente no século XX que o Estado liberal perde o seu primado. Inúmeras transformações foram inseridas

⁶⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 104.

⁷⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 106.

nas estruturas política e econômica da Sociedade, transformações estas que se aceleraram a partir da Primeira Guerra Mundial, porque antes dela já se vinham processando e motivando as mais variadas manifestações justificadoras da conformação da ordem social pelo Estado, fruto da reação ao Estado liberal.⁷¹

Estava instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo. Nasce, nesse contexto, o Estado do Bem-Estar-Social. Assim, esse Estado do Bem-Estar e da Justiça Social fez-se intervencionista na Sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais. E sem deixar de ser, obviamente, Estado de Direito, vai mais longe e se dispõe a fornecer escola aos jovens, pensão aos velhos, trabalho aos sãos, tratamento aos doentes, para assegurar a cada um o bem-estar.⁷²

No tocante ao direito de propriedade, foi somente a partir da Constituição de 1934 que se iniciou um processo de sua nova conceituação. Sérgio Iglesias Nunes de Souza argumenta:

[...] em razão da evolução ocorrida com os institutos jurídicos que contribuíram para o conjunto de edificação do modelo de Estado social aqui surgido a partir de 1930 – passou-se a dar uma razão do “sentido social do direito” na conformação do seu conteúdo, como esclareceram os autores da época. O interesse passou, então, a ser transferido do indivíduo como centro para o coletivo, buscando-se uma reflexão na produção de um benefício social.⁷³

⁷¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 585-586.

⁷² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 585-587.

⁷³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade**. 2008, p. 106.

O princípio da função social da propriedade foi manifestado desde o projeto da Constituição de 1934, enviado pelo Governo Provisório à Assembléia Constituinte de 1933, o que demonstra, claramente, que surgiu na avalanche de um contexto revolucionário. Tal princípio, inaugurado pela Constituição de 1934, ficou mantido na Constituição de 1937. Na Constituição de 1946 constou o direito de propriedade sob o rol dos direitos individuais, conforme se evidencia pelo § 16 do artigo 141 da referida Constituição: “é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. E o artigo 147, *caput*, do mesmo texto constitucional dispunha que: “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”.

Logo, verifica-se que não houve esquecimento da preocupação social com o exercício do direito de propriedade, conforme se extrai do artigo 147 “A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Também o artigo 145 previa que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza acrescenta:

[...] É imperioso reconhecer, dentro de uma análise do sistema constitucional, principalmente daquele momento, que o direito de propriedade estava aliado à principiologia da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, portanto o direito de propriedade estava sob os ditames dos direitos individuais e dos direitos econômicos.⁷⁴

Da mesma forma ocorreu com a Constituição Federal de

⁷⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 108.

1967, que marcou o direito de propriedade sob os dois interesses, o individual e o social. Nessa Constituição, conforme o referido autor,

[...] tratou-se desse direito no capítulo alusivo aos direitos e garantias individuais, delineando um personalismo e um jusnaturalismo, conforme o disposto no § 22 do art. 150⁷⁵ e no capítulo da Ordem Econômica e Social, ao fazer com que o interesse social e coletivo girasse em torno da propriedade [...]. O encontro desses interesses (individual e social) não se deu, tão-somente, sob o enfoque constitucional, pois o mesmo ocorreu, v.g. com a regulamentação do Estatuto da Terra, por meio da Lei 4.504, de 30.11.1964, que exerceu, como lei ordinária, papel fundamental de integrar a eficácia da norma constitucional com relação ao conteúdo positivo do direito de propriedade, notadamente quanto à sua função social.⁷⁶

Também merece destacar que o Estatuto da Terra fez constar que a propriedade rural desempenharia a sua função social na medida em que, concomitantemente, durante o exercício da relação de domínio, fossem observadas questões como: a) favorecimento ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores da terra, assim como de suas famílias; b) manutenção de níveis satisfatórios de produtividade; c) asseguramento da conservação dos recursos naturais; d) imposição de disposições legais e reguladoras das justas relações de trabalho entre os possuidores e os cultivadores da terra (art. 2.º, § 1º do Estatuto da Terra). De acordo com os ensinamentos de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

Essas condições objetivas, dando cumprimento à intenção da norma constitucional, traduziram a função social da terra e, no geral, demarcaram o compromisso da propriedade rural com o

⁷⁵ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

⁷⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 109.

interesse econômico e social, colocando-a além de mero interesse do proprietário. A regulamentação da lei ordinária estabeleceu a observância das condições acima enumeradas e que, uma vez descumpridas, dariam ensejo à desapropriação da propriedade por interesse social em face do descumprimento do princípio da função social (alínea a do art. 18).⁷⁷

Sob essa mesma ótica, da valoração da propriedade, é que, por meio de lei infraconstitucional, surgiu o direito à moradia. O Capítulo III da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, sob o subtítulo Do Sistema Financeiro da Habitação de Interesse Social, assinalou o fim objetivado pela norma jurídica e o alcance que queria dar à implantação do Sistema Financeiro da Habitação, bem como indicou os destinatários da norma jurídica. O artigo 9º da citada lei tem a seguinte redação:

Todas as aplicações do Sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou do direito à propriedade em seu artigo 5º, XXII ao afirmar que “É garantido o direito de propriedade”. A forma como a Constituição dispôs o direito de propriedade assegura-o no seu regime jurídico substancial como um direito inviolável e essencial ao ser humano, a exemplo do que ocorre com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança pessoal do indivíduo.

Todavia, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não bastou só o interesse individual, vez que cedeu espaço, também, ao interesse social, conforme se observa no Capítulo I, em que fez constar o direito

⁷⁷ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 108-109.

de propriedade, mas condicionado ao princípio da função social, a teor do inciso XXIII, artigo 5º “A propriedade atenderá a sua função social”.

A propósito, sobre o tema, valiosas são as lições de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

Quanto ao direito de propriedade, a grande contribuição trazida pela Constituição Federal de 1988 é o princípio da função social. Assim, o direito de propriedade é um direito fundamental condicionado a esse princípio. Já o atual Código Civil, seguindo o texto constitucional, estabeleceu que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que estejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como seja evitada a poluição do ar e das águas (§ 1.º do art. 1.228⁷⁸). Ainda no Código Civil de 2002, o direito de propriedade é limitado não só pela proibição de atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, como também se forem animados pela intenção de prejudicar outrem (§ 2º, art. 1.228⁷⁹).⁸⁰

De outro lado, no Capítulo I do Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre os Princípios Gerais da Atividade Econômica, no qual se afiguram os princípios básicos em torno da ordem

⁷⁸ O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁷⁹ São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁸⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 108-109.

econômica, a finalidade desta é propiciar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. Para a concretização desse objetivo, a vigente Carta Constitucional instituiu como princípios basilares, entre outros, a propriedade privada e a função social da propriedade, consoante se verifica no artigo 170, incisos II e III, respectivamente. Sobre o tema, transcreve-se as seguintes lições:

É nesse contexto que a propriedade privada compõe a ordem econômica, sob um compromisso mais amplo, geral e menos individual, visto que deverá estar afinada com outros princípios para a concretização dessa tarefa, como é o caso da soberania nacional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente e em relação à redução das desigualdades regionais e sociais, consoante estabelecem os incisos I, IV, V, VI e VII do artigo 170.⁸¹

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, voltada à construção de uma Sociedade pluralista, tratou em seu preâmbulo de institucionalizar uma democracia participativa. Segundo Loreci Gottschalk Nolasco:

Pode esta ser caracterizada como um modelo de organização democrática, com fundamento não apenas na representação popular, mas também na participação ativa e organizada do povo na administração dos assuntos de seu interesse. Assim, o art. 29, tratando dos municípios, exigiu, no inciso XII, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. A nova Carta Política procurou revalorizar os grupos como entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos. Algumas atividades estatais passaram a ser compartilhadas com os grupos. A educação, por exemplo, é “direito de todos e dever do Estado e da

⁸¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 112.

família, será promovida e incentivada com a colaboração da Sociedade” (art. 205). De fato, a Constituição Federal de 1988 trouxe condições para que as regras jurídicas positivas deixem de resultar de meditações de alguns exercentes do poder do Estado, como os membros de sua tecnoburocracia, e passem a ostentar o selo legitimador da participação popular.⁸²

As ações e reivindicações dos grupos sociais marginalizados que vivem nas cidades (moradores de favelas, de cortiços, meninos de rua), em última análise, envolvem a busca de uma identidade construída na noção do direito à cidade que compreende o direito de exercer plenamente a cidadania. O conceito de cidadania no mundo contemporâneo não pode mais ficar vinculado à titularidade dos direitos políticos exercidos numa democracia representativa. Com efeito, a cidadania deve ser compreendida quanto a sua dimensão política como efetiva participação e intervenção dos sujeitos na definição das ações e políticas que interfiram em suas vidas, na garantia do exercício dos direitos fundamentais, como condição de respeito à dignidade da pessoa humana.

1.6 O DIREITO À MORADIA NA EMENDA CONSTITUCIONAL N ° 26, DE 14-2-2000

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no Título II sobre os direitos e as garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e deveres coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

A Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000,

⁸² NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. 2008, p. 69.

inclui o direito à moradia, expressamente, no rol dos direitos constitucionais, sob o Capítulo II, como Direito Social, passando a ter o artigo 6º a seguinte redação “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Sem destaques no original).

Em relação ao direito à moradia, é de se observar que tal direito fora colocado como direito social pela referida Emenda.

Alexandre de Moraes reflete sobre os direitos sociais, afirmando que:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁸³

Neste mesmo sentido, José Afonso da Silva acrescenta que os direitos sociais:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez,

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 2000, p. 203.

proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁸⁴

Os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra. Fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres.⁸⁵ Para Dirley da Cunha Júnior:

Os direitos sociais manifestam-se, assim, como verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social, que é, na teoria de Rawls, a estrutura básica da Sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. E uma justiça social depende fundamentalmente de como se atribuem direitos e encargos e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da Sociedade. Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas.

Os direitos individuais e coletivos estão intimamente ligados ao conceito de pessoa humana e visam a garantia da vida, da dignidade, da honra e da liberdade.

Em relação ao direito à moradia, seguindo os ensinamentos

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2005, p. 286.

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 719.

de Sérgio Iglesias Nunes de Souza surge a indagação sobre a sua natureza jurídica e origem dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Seria um novo direito instituído pela Emenda Constitucional n. 26, nunca antes previsto expressamente nas Constituições brasileiras? Seria um direito fundamental do homem-indivíduo. Seria um direito individual, coletivo, ou um direito social, tal como enquadrou o legislador constituinte na referida Emenda? Ou, ainda, estaria o direito à moradia ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana? Estaria correta a inclusão constitucional do direito à moradia como direito social?⁸⁶

O referido autor leciona que o direito à moradia é um dos direitos humanos e estes foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do reconhecimento dos tratados internacionais. Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, além disso, os direitos humanos são direitos sócio-culturais, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis.⁸⁷

No capítulo seguinte aprofundaremos o estudo sobre o Direito Fundamental à Moradia.

⁸⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 113.

⁸⁷ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade. 2008, p. 113-114.

Capítulo 2

POLÍTICA URBANA E DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

2.1 FUNDAMENTOS E CONCEITO DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia, conforme já analisado, foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Referida Emenda expressa a competência Parlamentar para alterar a Constituição Federal e reflete os anseios da Sociedade pela efetivação de tão relevante direito, além de demonstrar a ideologia adotada pelo modelo constitucional no período da redemocratização do país.

O direito à moradia responde a uma necessidade primária do homem, condição indispensável para uma vida digna, eis que a casa é o asilo inviolável do cidadão, a base de sua individualidade, é, acima de tudo, como apregooou Edwark Coke, no século XVI “a casa de um homem é o seu castelo.”⁸⁸

Seguindo o entendimento de Loreci Gottschalk Nolasco o direito à moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço em que se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução e comunhão. Trata-se de direito erga omnes. Nesse sentido:

[...] moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção. Há vínculo de dependência entre esses dois direitos. O direito à moradia

⁸⁸ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. 2008, p. 87.

tende ao direito de morar e só se satisfaz com a aquisição deste em sua plenitude. Para isto, é preciso que concorram todos os elementos da moradia. Quem conseguiu terreno, mas não a casa, satisfaz apenas em parte seu direito à moradia. O mesmo acontece com quem possui a casa, mas não por tempo suficiente, exigido pelas demais relações da vida (trabalho, convívio, cultura, educação dos filhos). Assim, ao direito de morar são extensivos os mesmos princípios que ordenam o direito à moradia.⁸⁹

O direito à moradia é considerado um direito fundamental em virtude de seu caráter a-histórico, pois em todas as épocas o homem sempre expressou sua necessidade de proteção e segurança. O Direito à moradia é direito fundamental, não só porque está assegurado constitucionalmente, mas também porque responde a uma necessidade fundamental do Homem.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza discorre que:

[...] Por certo, o direito à moradia, tal como ocorria ao direito à liberdade no período da escravatura, nem mesmo foi considerado como existente, embora ambos os institutos, a moradia e a liberdade, sejam elementos essenciais à condição de existência do ser humano e estejam, historicamente, sempre presentes nos anseios deste ou na grande maioria da população de todas as Sociedades. Com efeito, ninguém perderá ou transferirá a terceiros o direito de morar, ao contrário do que poderá ocorrer com o direito de habitação. Há a possibilidade de uma variação do exercício do direito de moradia quanto a determinado bem ou local, mas jamais tal direito poderia ser alienável. Este (direito) não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo, e é nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano, e daí é

⁸⁹ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. 2008, p. 87.

que surge a sua inalienabilidade. A propósito, tal direito não promana da Sociedade, mas de um conjunto de indivíduos que de forma individualizada detém referido direito.⁹⁰

A moradia adequada é um direito que vem sendo construído no seio da comunidade política e se adensando pela legislação e pela jurisprudência brasileira.

O direito à moradia também é considerado imprescritível já que a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge o exercício dos direitos de caráter patrimonial, mas não a exigibilidade dos direitos personalíssimos extrapatrimoniais, ainda que individuais. Nas palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

[...] não se pode olvidar que o exercício de grande parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico, por meio da Constituição Federal. Em relação a estes não se verificam requisitos que importem em sua prescrição, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis, já que a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge o exercício dos direitos de caráter patrimonial, mas não a exigibilidade dos direitos personalíssimos extrapatrimoniais, ainda que individualistas. É de certa notoriedade que o direito à moradia se exerce sem a necessidade de uma intercorrência temporal e jamais prescreve, apenas extingue-se com a morte de cada ser humano. Logo, a cada nova violação (ato lesivo) do direito à moradia, surge novo direito de indenização ou proteção jurídica em favor do prejudicado.⁹¹

Considera-se também ser o direito à moradia irrenunciável,

⁹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 115.

⁹¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 115.

pois, como direito humano fundamental deve ser interpretado como possibilidade, da pessoa, de viver de modo adequado à condição humana, ou seja, com direito à alimentação, ao vestuário, à assistência médico-odontológica, à educação, à cultura, ao lazer, à moradia e às demais condições vitais. Pode-se concluir que o Estado tem o dever de garantir o direito à moradia, em nível adequado à condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intitulados constitucionalmente.

Outra característica do direito à moradia é a ilicitude de sua violação. Sérgio Iglesias Nunes de Souza argumenta:

Há a violação do direito à moradia sempre que for implantado um sistema infraconstitucional ou qualquer ato advindo de autoridade pública que importe em lesão a esse direito, em redução, desproteção ou atos que inviabilizem o seu exercício, porque o direito à moradia goza de proteção (por intermédio dos três poderes) de respeitar, proteger, ampliar e facilitar esse direito fundamental. Dessa forma, toda e qualquer legislação infraconstitucional que suprima, dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia por um indivíduo – tem-se a sua violação – ainda que por norma validamente constituída e promulgada – é tida como violadora do direito à moradia.⁹²

Vale citar, ainda, que o direito à moradia é universal, pois a sua abrangência engloba todos os indivíduos, independentemente de qualquer outro requisito, tal como sexo, raça, credo, convicção político-filosófica ou sua condição econômica.⁹³

⁹² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 117.

⁹³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 118.

A atuação do Poder Público deve garantir a efetividade desse direito constitucionalmente previsto, com mecanismos coercitivos, já que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se satisfaz abstratamente com o simples reconhecimento de um direito. Portanto, apesar de ter o direito à moradia aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício, e as normas infraconstitucionais também devem atuar em conjunto com a norma constitucional, protegendo e facilitando o exercício desse direito.

Nas palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

O direito fundamental é um direito interdependente, principalmente quando se trata também de direitos humanos. O mesmo se dá com o direito à moradia. Existe um liame entre ele e o direito à vida, à integridade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado, portanto conjugado a outros direitos também fundamentais. A complementaridade desse direito decorre, também, do princípio anterior. A propósito, os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. Ademais, antes da criação da emenda constitucional, não se mencionava o direito à moradia como um direito social. Aliás, na literatura jurídica era freqüente a menção ao art. 6º como um capítulo dedicado à relações de trabalho. [...] A fonte desse direito, em verdade, está assentada no próprio direito natural, pois, como já dissemos, a sua origem é reflexo do reconhecimento desse direito no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁴ e no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos

⁹⁴ Art. 25. I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias

Econômico, Sociais e Culturais⁹⁵, consistindo o direito à moradia, constitucionalmente, direito básico e elementar de cada indivíduo, não obstante ser enquadrado como direito social, tinha razão de ser pela norma constitucional.⁹⁶

Em síntese, pode-se afirmar que a inclusão do direito à moradia como um direito social fundamental permite maior eficácia e efetividade da legislação constitucional, no sentido de preservá-lo, a fim de proteger o indivíduo, sem que, sob o pretexto de proteger a coletividade, este direito seja sacrificado. Significa dizer que não se justifica o sacrifício do direito à moradia de uma pessoa ou de algumas delas, sob o pretexto do benefício social. Se o direito à moradia fosse incluído apenas como direito individual, teria fragilidade diante do interesse da função social que o limita.

Desta forma, a função social do direito fundamental à moradia destina-se ao grupo familiar.

2.2 A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA E O DIREITO À MORADIA

As ocupações irregulares e ilegais estão presentes na maioria dos Municípios brasileiros, demonstrando uma triste realidade social que é a falta de moradia. No entanto, o problema não diz respeito somente à falta de imóveis para se morar, mas também a ausência de segurança da posse, que por

fora de seu controle. II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

⁹⁵ Art. 11. Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados-Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efectividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento.

⁹⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 117.

sua vez, favorece a péssima qualidade com que são construídos os imóveis, em especial, nas áreas ilegais.⁹⁷

Sheila Holz e Tatiana Villela de Andrade Monteiro argumentam que o acesso informal ao solo e consequentemente à moradia é um dos maiores problemas das últimas décadas, sobretudo agravado pela falta (intencional) de políticas habitacionais adequadas para atender a população mais carente.⁹⁸

Os dados estatísticos do Banco Mundial informam que de 1 milhão de moradias construídas no Brasil, cerca de 700 mil são ilegais, o que comprova que a maior parte da produção habitacional no país é informal. Tais dados demonstram a tolerância do setor público com essa ilegalidade, porquanto na legislação brasileira o registro do imóvel é constitutivo de propriedade, valendo a máxima “quem não registra não é dono”. Diante disso, uma das maiores implicações desse processo se refere à insegurança jurídica perante a moradia, que deixa a população residente dessas áreas numa situação de vulnerabilidade.

O mercado imobiliário de inspiração, os baixos salários e a desigualdade social presente desde o início da formação da Sociedade brasileira impossibilitam o acesso à moradia para grande parte da população, que, principalmente nas últimas décadas, vêm sendo produto e produtor dos processos de periferização, segregação, degradação ambiental, má qualidade de vida e violência nas cidades.

⁹⁷ HOLZ e MONTEIRO, Sheila e Tatiana Villela de Andrade. **Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil**. Diez años de cambios em el Mundo, em la Geografía y em las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Colóquio Internacional de Geocrítica, Universidade de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Acesso em: <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.thm>. Acesso em: 28 de abr. 2010.

⁹⁸ HOLZ e MONTEIRO, Sheila e Tatiana Villela de Andrade. **Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil**. Diez años de cambios em el Mundo, em la Geografía y em las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Colóquio Internacional de Geocrítica, Universidade de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Acesso em: <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.thm>. Acesso em: 28 de abr. 2010.

Sheila Holz e Tatiana Villela de Andrade Monteiro destacam que o crescimento ilegal das cidades na qual as famílias se apossam da terra sem compra nem título de posse, passou a ser discutido como a mina de ouro do urbanismo, onde sem nenhum custo inicial por parte do poder público, é fornecido um subsídio aos paupérrimos, procurando eximir a participação do Estado na produção das moradias. A especulação imobiliária é corrente na realidade brasileira onde ainda 1/3 dos espaços para construção se mantém vagos na expectativa de valorização, expulsando a população de baixa renda para as áreas ilegais, onde a especulação também já acontece. Estima-se que apenas 20% da população que necessita de habitação têm possibilidade de pagá-la e que os 80% restantes, além da ausência de renda, não apresentam o perfil para assumir os financiamentos existentes.

Portanto, segundo as referidas autoras, a realidade brasileira mostra que a excessiva valorização agregada às áreas centrais da cidade (que recebiam melhor tratamento urbanístico por parte dos governantes, sendo equiparadas com saneamento básico, iluminação pública, pavimentação das ruas, etc.), fez com que os moradores mais necessitados não tivessem condições de adquirir imóveis nestas áreas. Desta maneira, a população que tinha condições de pagar, morava na “cidade formal”, enquanto a população desprovida de recursos financeiros habitava a “cidade informal”, concluindo-se que a “ilegalidade é subproduto da regulação tradicional e das violações contra os direitos à terra e à moradia”.⁹⁹

Por conseguinte, a regularização fundiária é um desafio à política habitacional social, sobretudo porque a Constituição Federal instituiu um capítulo destinado à Política Urbana, no qual a regularização fundiária é

⁹⁹ HOLZ e MONTEIRO, Sheila e Tatiana Villela de Andrade. **Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil**. Diez años de cambios em el Mundo, em la Geografía y em las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Colóquio Internacional de Geocrítica, Universidade de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Acesso em: <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.thm>. Acesso em: 28 de abr. 2010.

destacada por meio da função social da propriedade como política pública de habitação.

Ilse Scherer-Warren em seu artigo “A problemática da pobreza na construção de um movimento cidadão”¹⁰⁰ apresenta a crítica de Asef Bayat sobre as “teorias sobre a pobreza e as ações coletivas”. Afirma Bayat que a pobreza é interpretada a partir de distintas concepções, destacando as seguintes teorias:

a) Teoria da cultura da pobreza: esta teoria segue os ensinamentos de Oscar Lewis na década de 60. Tal modelo contém embutida a idéia de que os pobres são politicamente passivos, isto é, trata-se de uma questão cultural (fatalismo, tradicionalismo, falta de ambição, etc.). Reflete Bayat que a pobreza é um produto do capitalismo e este mito de que os pobres são politicamente passivos pode caracterizar uma forma de controle social dos mesmos.

b) Modelo das estratégias de sobrevivência: esta teoria tem base nos estudos de James Scott, na década de 80. Este modelo enfatiza o lado vítima do pobre, embora reconheça seu papel ativo na busca de formas de sobrevivência, como no caso dos esmoleiros, prostitutas, etc. Bayat observa, neste ponto, o caráter reducionista desta teoria, ao não reconhecer que, em circunstâncias favoráveis, estes pobres podem fazer uso de oportunidades, tornando-se agentes sociais para melhorias de seus grupos. Argumenta que é sobre essa ótica que Escobar (1995) e Friedmann (1996) irão resgatar o potencial de agenciamento dos pobres, como através da economia moral, do voluntariado, das redes de mútua ajuda, etc.

c) Teoria da politização dos pobres: esta teoria tem base na Teoria dos Movimentos Sociais Urbanos de Castells e na Teologia da Libertação

¹⁰⁰ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. Revista de sociologia política. Florianópolis, n. 3, out. 2003.

na América Latina, na década de 70-80. Segundo esse modelo, em oposição aos anteriores, os pobres não são marginalizados, mas estão integrados à Sociedade, ainda que de forma subalterna e, deste modo, podem tornar-se agentes de movimentos urbanos de base territorial, lutando por conquistas nos serviços urbanos e nos consumos coletivos.

Bayat sustenta que os Movimentos Sociais Urbanos e a opção pelos pobres são um fenômeno latino-americano, sendo que em outras partes do Terceiro Mundo o caráter assistencialista deste associativismo (dos pobres) dificilmente permite sua transformação em mobilização política.

d) Paradigma da resistência dos pobres: teoria que tem por fundamento as teorias do micropoder de Foucault e da política da cultura neogramsciana, das décadas de 80-90, significando que, onde há poder haveria resistência e, portanto, formas alternativas de lutas podem ser descobertas mesmo onde não exista ação coletiva. Bayat aponta crítica a esta teoria fazendo a seguinte indagação: “Se os pobres são capazes de sempre resistir, por que se preocupar com seu empoderamento?” Revela o caráter impreciso deste paradigma de estudo das ações coletivas, haja vista que nestas a resistência é construída como um ato político intencional.

e) Teoria da política de rua: tal teoria tem como expoente Bayat na década de 90, que propõe resgatar as múltiplas formas de transgressões silenciosas dos pobres (trabalhadores informais, de rua). Como estratégia de sobrevivência, eles praticam atos ilegais, como ocupação de espaços públicos para trabalho, negócios ou moradia (camelôs, ambulantes, biscateiros, etc.) e constroem redes sociais passivas, a partir da proximidade neste espaço público e de uma identidade comum destes indivíduos atomizados. Porém, quando ameaçados pelas autoridades políticas e econômicas, as redes passivas podem dar origem a formas ativas de comunicação e cooperação, surgindo manifestações coletivas de resistência (por exemplo, a reação coletiva de camelôs). Neste nível, segundo o autor, este não-movimento não é capaz de transformações políticas mais abrangentes e mesmo não é este seu objetivo. Contudo, poderá tornar-se um ato político na medida em que é mobilizado em

bases coletivas e suas lutas são articuladas a movimentos sociais mais amplos e a organizações da Sociedade civil.¹⁰¹

Diante das teorias apresentadas e das críticas de Bayat, observa-se uma tendência a determinada naturalização da pobreza e do pobre como ator pré-político, tanto na construção de sua crítica como nas alternativas que aponta.

Ilse Scherer-Warren argumenta que Bayat tenta superar a idéia dos pobres como “classes perigosas”, mas os define como “rebeldes silenciosos”, isto é, apenas atores de resistência massiva quando ameaçados em sua sobrevivência, não questionando, por exemplo, o caráter excludente dos atuais modelos neoliberais e os efeitos da globalização sobre suas vidas, mas apenas negociando ou tentando manter-se em qualquer espaço de relativa autonomia neste contexto. Diante disso, para tornarem-se atores políticos propriamente ditos dependerão, necessariamente, de mediações externas e conforme sugerido pelo autor, não teriam jamais condições próprias de empoderamento.¹⁰²

Ilse Scherer-Warren, argumenta que, em contraposição, pode ser colocado que os pobres não constroem sua indignação política apenas através das identificações casuais e das manifestações de rua, e que este não é necessariamente o único locus natural de sua sociabilidade política. Há outros e múltiplos locus de resgate da cidade que lhes dizem respeito, como as associações religiosas, de moradores, grupos de mútua ajuda, festas populares, etc., além das mediações de organizações não-governamentais e de novos movimentos sociais.¹⁰³

Ainda, segundo Ilse Scherer-Warren, os fenômenos da

¹⁰¹ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 75-76.

¹⁰² SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 76.

¹⁰³ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 76.

mediação, da necessidade de intelectuais orgânicos, das relações articulatórias, não são típicos apenas nas lutas das classes pobres, mas ocorre como algo inerente à constituição da grande maioria dos movimentos sociais, cada um com suas particularidades, mas sempre vinculados ao agenciamento do político para seu desenvolvimento enquanto ator coletivo:

Quando se concebe um movimento social enquanto rede, os elos destas redes são múltiplos, compreendendo desde as bases do movimento, bem como suas várias mediações políticas (ONGs, cidadãos simpatizantes, apoios políticos partidários, religiosos, de intelectuais, etc.) e a análise do movimento precisa considerar a multiplicidade de atores que contribuem para sua constituição. Ainda mais, há momentos em que a política contra a desigualdade se encontra com a política da diferença (contra as discriminações e pelo reconhecimento de diferentes identidades – étnicas, regionais, de gênero, religiosas, etc.). É sobre estas possibilidades da política que é preciso avançar, na teoria e na prática. Trata-se de examinar, em outras palavras, como nas brechas de movimentos que tratam de outras problemáticas, os atores ao pensarem a questão da cidadania vão colocando as questões relativas à pobreza, miséria, desigualdade, e vice-versa; enfim, como vão sendo criadas articulações entre as pautas destes movimentos e as necessidades dos excluídos.¹⁰⁴

Verifica-se, portanto, que os movimentos sociais que tratam de outras problemáticas devem ser utilizados para reexaminar e colocar em pauta as questões relativas à pobreza, miséria e desigualdade social, visando atender as necessidades dos excluídos.

A sociologia brasileira tem contribuído para análise do tema. Elisa Pereira Reis discute a relação entre a pobreza, desigualdade e privação relativa e, baseando-se em Marx, Tocqueville e em Lipset & Zetterberg, registra

¹⁰⁴ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 76.

como a privação relativa poderá ter o efeito de formação de identidades coletivas que levam ao questionamento da ordem social. Porém, para o caso da Sociedade brasileira levanta a hipótese de que, a pobreza extrema, em combinação com a desigualdade, gera uma espécie de identidade social restritiva, alienada da esfera pública, o que denomina de *apartheid* social brasileiro e questiona se é possível existir um conceito de “nós” numa Sociedade de profunda desigualdade.¹⁰⁵

O fenômeno da exclusão-inclusão social remonta a longo prazo e não se trata tão somente de um processo econômico, haja vista que também está associado às instituições políticas e elementos sociais e culturais, sendo, portanto, inseparáveis do conceito de cidadania.

Vera da Silva Teles argumenta que a tradição histórica brasileira naturalizou a pobreza, uma vez que vem criando e recriando homens e mulheres indiferenciados na sua própria privação, excluídos assim do universo da cidadania e relegados à benevolência do Estado ou ao assistencialismo societário. Nas últimas décadas, a pobreza passou a ser tratada a partir de uma perspectiva de luta pela cidadania e de inserção na agenda pública do país, isto principalmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das campanhas da Sociedade civil contra a fome e a miséria. Acrescenta a autora que “[...] é pelo ângulo dessa Sociedade atuante que é possível entrever horizontes possíveis para uma utopia democrática”¹⁰⁶, transitando da mera filantropização da pobreza para a conquista de políticas sociais pautadas pelo princípio da ação alternativa até a elaboração de instrumentos políticos e jurídicos que permitam dar efetividade a direitos garantidos na Constituição Federal de 1988.¹⁰⁷

¹⁰⁵ REIS, Elisa Pereira. **Processos e escolhas**: estudos de sociologia política. Rio: Contra capa, 1998, p. 294.

¹⁰⁶ TELLES, Vera da Silva. **Pobreza e cidadania**. São Paulo: USP, Curso de pós graduação em Sociologia: Ed. 34, 2001, p. 53.

¹⁰⁷ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 78.

A discussão a respeito da exclusão social no Brasil avigora-se na década de 1990, sendo seu maior foco a questão social da pobreza, com o processo de redemocratização do país.

Pochamann e Amorim destacam que, no Brasil é lugar comum afirmar que a desigualdade impera, sendo mais evidenciada ao se observar os indicadores de inclusão/exclusão sociais. Os autores estudam a exclusão social e destacam que na região acima do trópico de capricórnio, nas regiões norte e nordeste, encontram-se a maioria dos municípios em situação intensa de exclusão social. Para os autores tal fato é resultado de uma velha exclusão social oriunda de um sistema de trabalho escravista e pela ausência de reformas clássicas do capitalismo contemporâneo, tornando o capitalismo brasileiro uma máquina de produção e reprodução de desigualdades.¹⁰⁸

Os referidos autores afirmam, ainda, que, nas outras regiões a situação aparentemente não é tão intensa, uma vez que existe um maior número de ilhas de inclusão, sendo que as regiões do centro-sul apenas apresentam formas mais sofisticadas de exclusão, chamando-a de “nova exclusão social”, herança do modelo econômico neoliberal, que gerou desde os anos 90 uma grande quantidade de desempregados escolarizados e famílias monoparentais que vivem na pobreza por ausência de renda.

Para Sarah Escorel:

[...] a exclusão social é um conceito relacional, definindo-se por um processo num eixo de inscrição social composto entre os pólos positivo e negativo e uma condição na zona de [dês]integração social, que não excluem múltiplas gradações de inserção nos diversos âmbitos da vida social. [...] Quais são os elementos que configuram uma nova forma de sociabilidade no

¹⁰⁸ POCHMANN e AMORIN, **Atlas da exclusão social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 22.

seio do qual se desenvolvem os fenômenos da exclusão social?¹⁰⁹

Como resposta a essa indagação, Ilse Scherer-Warren destaca que, será, pois, no enfrentamento ao conjunto de organizações mediadoras que vem atuando nesse cenário e também em experiências históricas relevantes que se deslocaram dos denominados miniprojetos alternativos para a economia solidária que se terá a diminuição das desigualdades sociais, com o devido respeito às diversidades culturais e através de um processo democrático de constituição de sujeitos.¹¹⁰

Conforme reflete Alain Touraine, os marginais ou excluídos, quando portadores de consciência coletiva, além do apelo contra a desigualdade ou a segregação de que são vítimas, percebem a distância que os separa do mundo dos cidadãos, e, neste momento, são portadores potenciais de um movimento histórico, movimento este que pode se desenvolver justamente a partir da articulação com outras forças organizativas também com potencial de mudança histórica.¹¹¹ A articulação entre Estado e Sociedade possibilitará o movimento de mudança ou transformação da realidade social.

2.3 O ESTATUTO DA CIDADE E A QUESTÃO DA MORADIA

A origem do problema de acesso à moradia urbana está intimamente ligada à falta de planejamento Estatal. O planejamento e as políticas públicas, no entanto, não são faculdades do administrador, mas sim, um dever constitucional, pois é sua competência implantá-las e também definir os objetivos

¹⁰⁹ ESCOREL, Sara. **Conceitualizando e contextualizando a exclusão social**. In: Temas Codeplan 2. Políticas públicas: exclusão social. Brasília: CODEPLAN, 1998, p. 15-27, p. 27.

¹¹⁰ SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. n. 3, out. 2003, p. 79.

¹¹¹ TOURAINE, Alain. **Palavra e sangue: política e Sociedade na América Latina**. São Paulo: Ed. da Unicamp/Trajeto, 1989, p. 287.

determinados em função da realidade local.

Patrícia Marques Gazola destaca que, embora o planejamento seja uma obrigação de todos os entes da federação, não podem os Municípios ficar esperando ações da União e dos Estados, pois compete a eles a identificação dos seus problemas, demandas e potenciais, de forma que possam fixar metas e identificar os instrumentos que serão utilizados para que tais metas sejam alcançadas, vez que as pessoas não residem na União, nem nos Estados, mas, efetivamente, nos Municípios. Para a autora:

Compete aos municípios (sic) a implantação de planejamento urbano que assegure a todos o direito à cidade. Essa competência está fixada no art. 182 da Constituição Federal que atribui aos municípios (sic) a missão de garantir o bem-estar de seus habitantes por meio de implantação de política de desenvolvimento urbano que seja capaz de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”. [...] A norma constitucional remete à norma regulamentadora a missão de fixação das diretrizes que deverão ser observadas pelo planejamento municipal e de plano obriga aos Municípios com mais de 20.000 habitantes a elaboração de Plano Diretor. Nesse Artigo 182 também está prevista uma grande novidade no ordenamento jurídico brasileiro, a sanção pela não observância da função social da propriedade urbana. Patrícia Marques Gazola ainda complementa: A Constituição confere à uma norma municipal o poder de dizer qual é a função social da propriedade privada, ao permitir que “o Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor”, exija o adequado aproveitamento do imóvel urbano “não edificado, subutilizado ou não utilizado, sob pena de ser obrigado a promover o parcelamento ou edificação compulsórios, e em caso de descumprimento ser compelido a pagar Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo, e em caso de manutenção do descumprimento das determinações do exercício da propriedade de conformidade com sua função social. A carta magna (sic), no art. 182, § 4º, autoriza a desapropriação sem

indenização prévia e em dinheiro. A desapropriação sanção será paga mediante títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos.¹¹²

A missão da Administração Pública Municipal não diverge daquela prevista no artigo 182 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porquanto possui a missão de garantir o bem-estar de seus habitantes e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Segundo Patrícia Marques Gazola:

[...] Para atender a essa missão, faz-se necessária a elaboração de diagnósticos setoriais e integrados da área de intervenção e seu entorno, abrangendo os aspectos urbano, ambiental, fundiário e social. Para a obtenção do diagnóstico temos vários métodos, que deverão ser utilizados complementarmente, vez que isoladamente não são capazes de demonstrar com exatidão a realidade da área. Com o método do desenvolvimento histórico levanta-se o histórico do desenvolvimento e ocupação da cidade; o método do mapeamento cadastral identifica em mapa as características urbanísticas “[...] elabora uma série de mapas (de uso do solo, de área construída, de áreas verdes existentes, etc.) [...]”; no método da quantificação universal, tudo é quantificado e transformado em tabelas, quadros e diagramas; e o método da leitura direta implica na pesquisa de campo, mediante questionários e entrevistas. [...] ¹¹³

Com a compreensão da realidade local utilizando a abordagem prospectiva que permite uma visão global e considera um maior número de variáveis, podem-se fixar futuros possíveis [...] tais futuros possíveis deverão ser discutidos com a comunidade interessada e com a adesão dessas ao

¹¹² GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática.** 2008, p. 76.

¹¹³ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática.** 2008, p. 77.

processo de construção do futuro possível e desejável. Fixados os futuros possíveis e desejáveis, diante da missão da Administração e a realidade social, temos que identificar a relação entre as oportunidades e as ameaças ao meio ambiente, assim como os pontos fortes e fracos que a estrutura da administração pública possui para agir diante das oportunidades e ameaças. [...] Estando clara a missão da administração pública municipal (sic), diante da exclusão social, identificadas as oportunidades e ameaças assim como os pontos fortes e fracos da estrutura administrativa, necessita-se de fixação das diretrizes norteadoras da elaboração do plano integrado de intervenção. Tais diretrizes devem estar claramente definidas e adequadas às necessidades locais.

Segundo Nelson Saule Júnior, citado por Patrícia Marques Gazola, tais diretrizes podem assim ser definidas:

- a) respeito efetivo aos direitos humanos;
- b) promoção de medidas de proteção do meio ambiente natural e construído, de modo a garantir a função social da propriedade na cidade;
- c) incentivo às atividades econômicas que resultem na qualidade de vida, mediante sistema produtivo gerador de trabalho e de distribuição justa da renda e riqueza;
- d) combate às causas da pobreza priorizando os investimentos e recursos para as políticas sociais (saúde, educação, habitação);
- e) democratização do Estado, assegurando a participação popular no processo de formulação, planejamento e execução de políticas públicas.¹¹⁴

O sucesso das políticas públicas depende

¹¹⁴ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna**: teoria e prática. 2008, p. 79.

fundamentalmente de sua adequação às necessidades dos beneficiários. Logo, mister se faz à observância da fundamental diretriz que impõe a participação popular. Conforme já salientado, os principais instrumentos legais para a efetivação do direito à moradia encontram-se previstos no Estatuto da Cidade, dentre os quais se destacam os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de desenvolvimento urbano, as audiências públicas e a gestão orçamentária participativa.

Discorrendo sobre tais instrumentos, citam-se as lições de Luiz Cláudio Romanelli:

[...] A audiência pública caracteriza-se pelo debate público e pessoal entre a Administração e cidadãos ou entidades representativas da Sociedade civil sobre temas de relevante interesse público. Como o próprio nome remete, trata-se de audiência e, por tal motivo, ocorre com horário e locais previamente designados, aqui fazendo-se muito importante a publicidade para que os cidadãos e entidades representativas possam tomar prévio conhecimento de sua realização. [...] A consulta pública, por sua vez, ocorre através de consultas feitas pelo órgão administrativo a integrantes da coletividade e entidades representativas, no intuito de coletar dados de opinião pública, sendo estas reduzidas a termo, em peças formais que farão parte integrante do processo administrativo que a gerou. [...] O artigo 44, por sua vez, trata da gestão orçamentária participativa e estabelece a necessária inclusão da realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, sendo tais mecanismos condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Por fim, o art. 45 prevê que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas deverão incluir obrigatória e significativa participação

popular e de associações para garantir o controle de suas atividades e pleno exercício da cidadania.¹¹⁵

A implementação de tais diretrizes possibilita à população o acesso à Administração Pública, a fim de que não somente participe da tomada das decisões, mas que também lhe seja possibilitado o controle da execução das mesmas. A viabilização de tais práticas dá aos cidadãos um espaço para discussão, apresentação de ideias e reivindicações dos serviços públicos que lhes são necessários, deixando de ser meros espectadores das decisões dos órgãos públicos.

No tocante às políticas públicas e ao direito à moradia, pode-se concluir que todas as medidas que foram e estão sendo tomadas pelo Estado brasileiro buscam enfrentar um dos seus maiores problemas sociais - o déficit habitacional - que hoje está estimado em 6,6 milhões de moradias. Luiz Cláudio Romanelli argumenta que, além desse déficit nominal, estima-se a existência de 12 milhões de moradias impróprias ou precárias. Este quadro é agravado pela inexistência de recursos públicos que assegurem o acesso à moradia da população de baixa renda, pois 92% do déficit habitacional é composto de famílias com renda de até 5 salários mínimos. Estima-se, ainda, que 28% do total dos domicílios estejam inadequados, ou seja, sem ao menos usufruir um dos serviços essenciais. Deste montante, 39,1% localizam-se no Nordeste. O serviço mais deficitário nos domicílios brasileiros é o esgoto sanitário (79,3%), seguido da falta da rede geral de abastecimento de água (25,3%). Este quadro indica a necessidade imediata da implementação de políticas habitacionais, alicerçadas nos instrumentos do Estatuto da Cidade, para a construção de novas unidades, para repor o estoque degradado e precário de habitações, melhoria das condições de infraestrutura e a implantação de programas de regularização

¹¹⁵ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 81-83.

fundiária.¹¹⁶

Diante desse quadro, fica evidente que a implantação de políticas habitacionais torna-se ainda mais urgente, ante a constatação de que a maioria da população pobre¹¹⁷ não dispõe de renda suficiente para atender às condições de financiamento para a aquisição da casa própria, o que indica a necessidade de adoção de uma política de subsídios à habitação popular.

O Estatuto da Cidade também atribui grande importância ao Plano Diretor do Município, um dos instrumentos mais importantes na definição de políticas públicas de habitação, conforme a seguir será analisado.

2.3.1 Plano Diretor

Para garantir a efetividade do direito à moradia, o Estatuto da Cidade elegeu o Município como o ente federativo competente para definição da política urbana, cumprimento da função social da cidade e para a implementação da gestão democrática, a qual tem como instrumento básico de sua política urbana o Plano Diretor, consoante artigo 182, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já analisado.

O processo de elaboração do Plano Diretor é uma das preocupações democráticas do Estatuto da Cidade. Nas palavras de Nelson Saule Júnior:

A Constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no

¹¹⁶ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 97.

¹¹⁷ População pobre pode ser investigada tanto em seu aspecto unidimensional (insuficiência de renda) quanto em seu aspecto multidimensional (privação das capacidades, ou seja, a capacidade dos indivíduos de exercer suas liberdades). A pobreza vista como ocorrência de baixa renda, é uma abordagem unidimensional, e é encarada como níveis de renda incapazes de atender as necessidades básicas. Conf. TEIXEIRA, Gilmara Emília. **Pobreza e desigualdade de renda**. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario-diamantina/2006/DO6A100.pdf>. Acesso em: 28 de abr. 2010.

Município é condição essencial para os objetivos da política urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão da cidade são matérias para a execução do plano diretor.¹¹⁸

Hely Lopes Meireles conceitua o plano diretor como um complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser expressão das aspirações dos Municípios quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo.¹¹⁹

Loreci Gottschalk Nolasco argumenta que o papel primordial do plano diretor é a efetivação da função social da propriedade urbana, que ocorre quando esta atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. Para a autora:

O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo e, sendo parte integrante do processo de planejamento municipal, suas diretrizes e prioridades deverão estar incorporadas ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Orçamento Anual.¹²⁰

O Município, em razão de ser o principal ente federativo responsável pela execução da política urbana, tem a responsabilidade de desenvolver uma política habitacional de âmbito local. Loreci Gottschalk Nolasco

¹¹⁸ SAULE JÚNIOR, Nelson. **O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro**. Caderno de pesquisa ao CEBRAP – Centro brasileiro de análises e planejamento, n. 7, p. 65-80, maio 1997, p. 69.

¹¹⁹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 518.

¹²⁰ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. 2008, p. 111.

destaca que:

[...] Pode, por exemplo, constituir órgãos governamentais e instituições municipais de habitação, instituir um sistema municipal de habitação que compreenda o sistema de gestão da política habitacional com participação popular, como, por exemplo, conselhos. Estabelecer mecanismos financeiros, como fundos públicos, constituir programas de habitação de interesse social e instrumentos urbanísticos. O Município, para desenvolver a política habitacional, deve instituir o plano diretor como o instrumento básico desta política, de modo que sejam estabelecidas as diretrizes e os instrumentos sobre o uso e ocupação do solo urbano, formas de cooperação entre o setor público e privado, e disciplinar os critérios para o uso social da propriedade urbana.¹²¹

Significa que o Município tem o dever de desenvolver políticas públicas de âmbito local que garantam aos cidadãos o direito à moradia digna, estabelecendo as diretrizes e os instrumentos sobre o uso e a ocupação do solo urbano, bem como formas de cooperação entre o setor público e o privado a fim de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Luiz Cláudio Romanelli leciona que os princípios constitucionais fundamentais norteadores do Plano Diretor são: a função social da propriedade, o desenvolvimento sustentável, as funções sociais da cidade, a igualdade e a justiça social e a participação popular. O Plano Diretor, como plano urbanístico, caracteriza-se como plano imperativo, por suas normas e diretrizes serem impositivas para a coletividade, apresentando um conjunto de normas de conduta que os particulares ficam obrigados a respeitar. Os critérios e as exigências estabelecidas para o exercício do direito de propriedade devem ser estabelecidos pelos particulares, sob pena de ficarem sujeitos às obrigações e

¹²¹ NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. 2008, p. 110.

sanções aplicáveis pelo poder público, por descumprimento do Plano Diretor. Nessa perspectiva, segundo Luiz Cláudio Romanelli:

[...] o Plano assume uma função primordial no trato da questão habitacional. A inserção do tema política habitacional no Plano Diretor traz efeitos práticos na elaboração das leis financeiras municipais. Isto porque o Plano Plurianual, as Leis de Diretrizes Orçamentárias e os orçamentos anuais devem ser elaborados de modo a incorporar as diretrizes e prioridades contidas naquela peça de planejamento. Como não é usual ao Plano Diretor conceber ações concretas e auto-executáveis na área habitacional, a bem da verdade esse desdobramento financeiro provavelmente dependerá de outras leis que estabeleçam formas de agir a partir das diretrizes e previsões gerais; ou seja, será necessário editar a política habitacional, bem como programas e projetos que, devidamente estabelecidos, condicionarão a programação financeira municipal com o devido respaldo do Plano Diretor.¹²²

O conteúdo mínimo do Plano Diretor deverá abranger a delimitação das áreas onde poderá ser aplicado o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória; disposições sobre o direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, fixação de áreas onde se permitirá a alteração do uso do solo em troca de contrapartida do beneficiário, operações urbanas consorciadas e transferências do direito de construir.

2.3.2 Os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para a concretização do direito à moradia

Na busca de soluções à questão habitacional impende considerar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)

¹²² ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 95.

para essa finalidade específica. Tais instrumentos estão previstos no artigo 2º do referido instrumento legal cuja redação é a seguinte:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formação, execução e acompanhamento de planos, programas de projetos de desenvolvimento urbanos;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da Sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os instrumentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público Municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da

população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vista a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

A partir das diretrizes contidas no artigo 2º, é possível identificar, de modo mais ou menos direto, algumas das condições alternativas que alcançam o direito à produção habitacional. Em verdade, todo o rol ali disposto toca, em graus variáveis, a questão habitacional. Destaca-se, porém, os seguintes itens por considerá-los mais influentes:

a) direito à cidade sustentável (inc. I). Traduzida pela abordagem de várias situações que integram o direito à terra e à moradia, reforçando o compromisso do planejamento e gestão urbanos com essas questões. Ainda define a forma como a moradia deve ser produzida e sua associação direta com a sustentabilidade ambiental, social e econômica (inc. VIII);

b) gestão democrática da cidade. Como visto em tópico precedente, somente por meio da participação popular é que é possível a formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (inc. II). A formulação e execução da política habitacional também se insere nessa perspectiva, exigindo canais comunicativos entre a Administração Pública e a Sociedade, devidamente instituída;

c) cooperação intergovernamental, iniciativa privada e setores da

Sociedade na urbanização (inc. III). Na questão habitacional tal cooperação é fundamental, dada a complexidade do tema e a dificuldade dos Municípios de suprirem isoladamente o déficit habitacional. Daí porque a importância de serem firmados convênios tanto com o Estado quanto com a União, os quais podem ser traduzidos pelo consórcio imobiliário (art. 46) e pela operação urbana consorciada (arts. 32 a 34);

d) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município (inc. IV). Os atos do poder público, na área de habitação, devem respaldar-se pela real necessidade da população e no planejamento de soluções para o problema, sendo inaceitáveis medidas de caráter assistencialista;

e) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo (inc. IXV). Não há como falar em política habitacional sem se ocupar da regularização das áreas indevidamente ocupadas. [...];

f) justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização, com a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado valorização de imóveis urbanos (incs. IX e X). A urbanização é processo coletivo, não devendo ficar entre algumas poucas pessoas o excedente da riqueza verificado pela valorização imobiliária, revertendo-a como financiamentos para a realização de políticas habitacionais.¹²³

Importante, ainda, fazer menção às Leis Federais ns. 6.766 de 19 de dezembro de 1979 e 10.098 de 19 de dezembro de 2000. A primeira traz normas gerais sobre o parcelamento do solo para fins urbanos, bem como normas específicas que buscam facilitar o loteamento para população de baixa

¹²³ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 89.

renda e a regularização de tais empreendimentos. A segunda lei contempla regras a serem observadas na “construção da cidade”, de modo a assegurar a acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida. Na realidade, toda e qualquer moradia precisa ser produzida dentro desse marco legal nacional.

Do exposto resta claro a importância das políticas públicas e da gestão urbana para o enfrentamento dos déficits habitacionais; déficits estes não só quantitativos quanto qualitativos.

O direito fundamental à moradia só será garantido pela efetividade das políticas públicas, em especial à política habitacional.

2.4 O COMPROMETIMENTO DO ESTADO FACE À REALIDADE SOCIAL

A questão habitacional é um problema do indivíduo e da Sociedade, que está relacionada ao exercício de outro direito: o direito à vida. A propósito, Sérgio Iglesias Nunes de Souza destaca:

Há muito que o ser humano deixou de ser nômade e de ter uma vida precária. Assim, ao observar que o seu alojamento num lugar fixo lhe traria melhores resultados de continuidade ao seu desenvolvimento sociocultural e econômico, optou pela moradia fixa.¹²⁴

O instituto da moradia sofreu grandes mutações, visto que, com o crescimento populacional, o acesso a este bem passou gradativamente a ser restringido a determinados grupos, em decorrência do estado de

¹²⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2008, p. 114.

miserabilidade de outros. Ocorre que o direito à moradia está referido à sobrevivência humana, portanto, inteiramente relacionado com a própria dignidade da pessoa humana.

Luiz Cláudio Romanelli destaca que, no Brasil, o problema da habitação começou a ser sentido pelo Estado no final do Império, em decorrência das crescentes manifestações abolicionistas, até a sua devida concretização. Nesse sentido, citam-se as lições do referido autor:

[...] Ocorre que na época da escravidão existiam abrigos coletivos e, com a abolição, os escravos passaram a procurar uma habitação própria e individual nas vilas e cidades, aumentando assim a população desta. Em decorrência também da abolição, por não haver mais o tráfico de escravo, passou-se a investir na lavoura cafeeira, a qual influenciou no aumento populacional das cidades. Portanto, até meados de 1850, o Estado brasileiro preocupava-se tão somente com sua economia, a qual baseava-se na agricultura e na utilização de mão-de-obra escrava. Nesse período, os únicos possuidores de efetiva moradia eram os proprietários de terra, a quem incumbia fornecê-la também para aqueles cuja mão-de-obra era tomada. Nesse período, a moradia digna restringia-se à esfera privada, servindo tão-somente para conformar os interesses locais e, neste cenário, os escravos dividiam a moradia coletiva.¹²⁵

Após a segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e a moradia que, até então, se restringia à esfera privada, torna-se uma das preocupações do Estado. Os Estados foram incumbidos, com a Declaração, de se submeterem à máxima dos direitos humanos, que visavam concretizar a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

¹²⁵ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 97.

No Brasil, no século passado até a década de 30 a interferência estatal no âmbito habitacional foi mínima, limitando-se tão-somente à medida de cunho sanitarista, objetivando diminuir as más condições de higiene das moradias dos trabalhadores. No entanto, foi a partir do intervencionismo estatal do Governo de Getúlio Vargas, mais precisamente em seu segundo governo (Estado Novo), que a política habitacional sofreu transformações significativas.

Com o avanço da industrialização e o deslocamento do centro dinâmico da economia para a área urbana, houve um crescente descompasso entre a declinante disponibilidade de espaço habitável e sua elevada demanda. Diante dessa situação, o Estado, por meio do Decreto-lei n. 4.508, de 23 de julho de 1942, viu-se obrigado a intervir na oferta da moradia por meio da criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) dentro do Sistema de Previdência Social instituído no país naquele período.

Também no governo de Getúlio Vargas, tentando atender à demanda por habitação, foi criada, através do Decreto-lei n. 9.777, de 06 de setembro de 1946, a Fundação da Casa Popular (FCP), a qual visava atender à população que participava do mercado formal de trabalho, mas não era vinculada aos IAPs.

Com a Lei n. 1.300, de 28 de dezembro de 1950, que alterou a Lei do Inquilinato e vigorou da data da sua publicação até 31 de dezembro de 1951, verificou-se um declínio de programas habitacionais. No ano de 1961, foi criado o Plano de Assistência Habitacional, cuja principal inovação consistia na instituição da proporcionalidade entre a prestação do financiamento da casa própria e o salário mínimo.

Durante a ditadura militar foi criado o Banco Nacional da Habitação (BNH), por meio da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, o qual tinha como função realizar operações de crédito imobiliário e, para tanto, gerenciava os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por intermédio de bancos privados e/ou públicos e de agentes promotores, como as Companhias Habitacionais e as Companhias de Água e Esgoto. Segundo Luiz Cláudio

Romanelli:

Buscava-se através do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), também criado pela Lei 4.380/64, e do Banco Nacional de Habitação (BNH), incentivar a indústria de construção civil, na crença de que seus efeitos se refletiriam positivamente nos demais setores da economia, que se encontravam bastante estagnados.¹²⁶

Após a criação do BNH foi criado também o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo para aumentar a captação de recursos originários da poupança privada. O principal objetivo do governo era proporcionar atendimento prioritário à população de baixa renda, financiando habitações e implantando infraestrutura urbana.

As tentativas de construção de um marco regulatório no âmbito federal para a política urbana datam desde as propostas de lei de desenvolvimento urbano elaboradas pelo então Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano nos anos 70. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história, incluiu-se um capítulo específico (arts. 182 e 183 da CRFB/88) para a política urbana com a previsão de uma série de instrumentos para a garantia de sua efetividade, em cada município, da defesa da função social da propriedade e da democratização da gestão urbana.

O direito à moradia, reconhecido como inerente ao homem, é direito a ser garantido pelo Estado, conforme o assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa formalização do direito à moradia se deu face ao contexto do imenso crescimento das cidades, por conta da industrialização e do desenvolvimento da tecnologia, os quais, atrelados à idéia de conforto, melhores condições de vida, oferta de emprego e possibilidade de aquisição de bens, principalmente da propriedade, passaram a criar nas pessoas

¹²⁶ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 41.

a ilusão de que a vida nos grandes centros permitia a realização plena de seus sonhos. No entanto, o processo de industrialização gerou elevado desequilíbrio das condições e da expectativa de vida, resultando num rápido processo de urbanização, porém com consequências muito drásticas, dentre elas a falta de moradia e o surgimento de áreas de ocupação irregular.¹²⁷ O processo de urbanização das cidades foi tão intenso e rápido que o Estado não se deu conta das transformações ocorridas. A ocupação dos espaços ocorreu em contraposição aos serviços fornecidos pelo Estado, colocando em xeque sua capacidade de zelar pelo bem-estar da população.

Luiz Cláudio Romanelli explica que:

O Estado tornou-se ineficiente, não sendo capaz de gerir os problemas que surgiram e que continuam a surgir com o contínuo crescimento da população. Cada vez mais as cidades, com os altos preços do solo urbanizado, determinaram e determinam a segregação populacional por estratos de renda e impõem ônus sociais inversamente proporcionais à capacidade de quem os suporta. Mesmo consistindo a habitação satisfatória em um pressuposto para a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil a teor do disposto no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, ela é um dos problemas que mais aflige a população brasileira. [...] A precariedade (material e/ou jurídica) da habitação é, lamentavelmente, problema dos mais graves da Sociedade brasileira, representando um dos custos mais caros nas Sociedades contemporâneas submetidas ao sistema capitalista. Em cada país com população predominantemente pobre e com capacidade comprometida para investimentos públicos, a habitação popular usualmente apresenta soluções temerárias, assistencialistas, dissonante de condições dignas,

¹²⁷ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 72.

sem qualquer segurança jurídica da posse.¹²⁸

Nessas condições, embora previsto no texto constitucional, não há como construir uma Sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Por conta disso, nasce o quadro crescente da segregação espacial, agravamento da miséria e desigualdade social. Nas palavras de Cláudio Luiz Romanelli:

Essa realidade impõe ao Estado brasileiro, que desde a sua origem se caracterizou por ser absenteísta, uma atuação intensa e direta em prol da moradia, por se tratar de um requisito indispensável à vida e ao desenvolvimento nacional sustentável.¹²⁹

Carla Pinheiro destaca que, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o espaço das cidades era protegido por ser um bem público, em sentido amplo, já que dentro do espaço das cidades encontram-se encravados bens de natureza privada, mesmo que estes sofram limitações de ordem pública. Com a nova Carta Magna, o espaço urbano passou à categoria de direito difuso, essencial à sadia qualidade de vida. Desse modo, a regulamentação da organização da cidade assumiu outra dimensão, já que a cidade configura bem essencial à sadia qualidade de vida – vida com dignidade – devendo, portanto, o aspecto difuso do meio ambiente artificial ser levado em consideração sempre que for deparado com um bem objeto de proteção do direito urbanístico.¹³⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 182, dispõe que “A Política de desenvolvimento urbano, executada

¹²⁸ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 72.

¹²⁹ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 72.

¹³⁰ PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

E o artigo 30 do mesmo diploma legal atribui ao Município a competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (inciso VIII), assim como a competência suplementar residual (incisos I e II). Dessa forma, as principais funções sociais da cidade podem ser identificadas na promoção:

[...] da habitação, com a moradia digna, cabendo ao Poder Público proporcionar as condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação, da circulação, por meio de um adequado sistema de transportes, do lazer, com a criação de praças e áreas verdes; e do trabalho, viabilizando o desenvolvimento das atividades laborais mediante a criação de espaços apropriados em que ele poderá desenvolver-se.¹³¹

O artigo 21, XX, da Carta Magna, atribui à União competência material para instituir diretrizes ao desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a propriedade urbana, encravada em espaço pertencente ao meio ambiente artificial, deve cumprir sua função social. Nesse sentido, os §§ 1º e 2º do artigo 182 estabelecem:

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade

¹³¹ PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. 2008, p. 42.

expressas no plano diretor.

Cabe, portanto, ao Município com mais de 20 mil habitantes, por meio do plano, fixar as exigências fundamentais de ordenação da cidade, com vistas a limitar o direito de propriedade dos particulares e proporcionar, assim, sadia qualidade de vida a toda a coletividade.

Carla Pinheiro explica que a origem das cidades tem como marco desencadeador as grandes mudanças, no que diz respeito à organização produtiva, já que essa forma de organização transformou, ao longo da história, o cotidiano das pessoas, ocasionando, de maneira bastante acelerada, elevado desenvolvimento demográfico. A autora argumenta que:

Viver em um ambiente ecologicamente equilibrado envolve não só uma relação material territorial dos seres humanos com o meio, objeto do direito urbanístico, mas também relações complexas fundamentais, no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição). Destarte, os chamados “espaços habitáveis” pelas pessoas, os quais compõem o conceito e a definição doutrinária de meio ambiente artificial, devem ser entendidos em termos de piso vital mínimo, de acordo com o art. 6º da Constituição Federal, e das necessidades inerentes à dignidade humana, tendo em vista não somente a ordem econômica capitalista, ou seja, o trabalho, o consumo, a locomoção etc., senão também aspectos ligados ao direito à intimidade, a ser adepto de uma religião, ao lazer, à morte etc. Existe estreita vinculação entre a tutela constitucional do meio ambiente artificial e os dispositivos ambientais constitucionais, que delimitam os espaços construídos e habitáveis pela pessoa humana, sempre levando em consideração a ordem econômica (art. 1º, IV, e art. 170 a CF), assim, como a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da CF).

O Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001 – disciplina o uso da propriedade urbana, as principais diretrizes do meio ambiente artificial, baseada no equilíbrio do meio ambiente, sempre observando

os dispositivos jurídicos descritos nos artigos 182 e 183 da atual Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade, tem como diretriz geral à garantia do direito às cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento artificial, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, sempre levando em consideração a observância do princípio da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, que são os brasileiros e os estrangeiros residentes no País.

Vale destacar que o direito à moradia garante o uso de determinada porção territorial no âmbito das cidades, denominado direito à casa, previsto no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, para que se possa ter um local destinado a assegurar o asilo inviolável com a finalidade de garantir fundamentalmente o direito à intimidade, à vida privada (art. 5º, X), assim como a organização da família (arts. 226 a 230). A execução da política urbana, portanto, encontra-se prevista no Estatuto da Cidade, devendo pautar-se sempre na promoção da dignidade da pessoa humana.

O tratamento do tema moradia encontra-se, ainda, mais especificadamente definido, nos termos do artigo 23, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil que atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência comum para a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. A propósito, Luiz Cláudio Romanelli destaca:

A existência desse dispositivo faz com que toda e qualquer ação estatal, mesmo que não diretamente relacionada com aquele objetivo, encontre ali condição de validade, já que se caracteriza como norma programática, ao tempo em que determina para cada ente federativo o dever de formular e adotar políticas e medidas

públicas voltadas para o direito à moradia.¹³²

O autor argumenta, ainda, que foi longo e árduo o processo até se chegar a esse quadro acerca dos direitos sociais e das normas programáticas, tendo sido muito discutida a eficácia do Direito à Moradia, mas a verdadeira crise não esteve em última análise ligada ao Direito: esteve, e ainda está, sim, na concretização do Estado Providência, o qual daria sustentação àquelas normas. Este modelo de Estado consegue realizar seu papel de assegurador do direito à moradia, mas em países periféricos, como o Brasil, no máximo estes direitos são esboçados. Contudo, segundo ensina José Afonso da Silva, um momento importante na afirmação do direito à moradia e do dever estatal de assegurá-lo se deu com sua inclusão no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo-o constar do rol dos direitos sociais. Para o autor:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.¹³³

E Nelson Saule Júnior acrescenta:

Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas

¹³² ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 74.

¹³³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2000, p. 258.

públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.¹³⁴

Disso, conclui-se que, por força constitucional, os Municípios, como também a União, os Estados e o Distrito Federal, devem possuir programas e planos habitacionais visando à efetivação da política habitacional nacional, estadual e municipal, conforme o caso. Há de considerar-se imprescindível para a promoção do desenvolvimento urbano que a questão habitacional seja objeto de especial atenção. E, nesse sentido, conforme já salientado, existe o Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, os quais tratam da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelos Poderes Públicos Nacional, Estadual e Municipal, por meio da gestão democrática.

Diante da realidade da pobreza e da miséria, no Brasil, somente as Políticas Públicas de Habitação popular poderão permitir a eficácia e a efetividade do Direito Fundamental à Moradia, garantido constitucionalmente.

2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE HABITAÇÃO

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH), instituído pelo artigo 8º da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, baseou-se no princípio de que os recursos para a execução de um plano habitacional deveriam ser captados, basicamente, em âmbito interno do País, somando-se as disponibilidades dos

¹³⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 182-183.

órgãos oficiais com a dos órgãos particulares, estimulando-se por variadas formas a poupança dos indivíduos ou grupos.

Visando atender o que determina a Constituição Federal e como forma de implantação das políticas públicas, o Governo Federal criou alguns programas sociais de habitação, dentre os quais merece destaque nesse estudo o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV (Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009), cujo objetivo é viabilizar a construção de milhares de moradias para os brasileiros com renda de até 10 salários mínimos. O Governo Federal está investindo R\$ 34 bilhões de reais para que milhares de brasileiros tenham acesso à casa própria.

O Programa Minha Casa, Minha Vida foi criado para diminuir a falta de casas para os brasileiros, chamada de déficit de moradia ou déficit habitacional. Com o programa, a população vai ter ainda mais acesso à casa própria, e serão gerados mais empregos e renda para os brasileiros, pois o investimento na construção civil vai aumentar.

O Programa viabiliza a construção de 1 milhão de moradias para famílias com renda de até 10 salários mínimos, em parceria com Estados, Municípios e iniciativa privada e vai impulsionar a economia, gerar empregos e trazer reflexos positivos para toda a Sociedade.

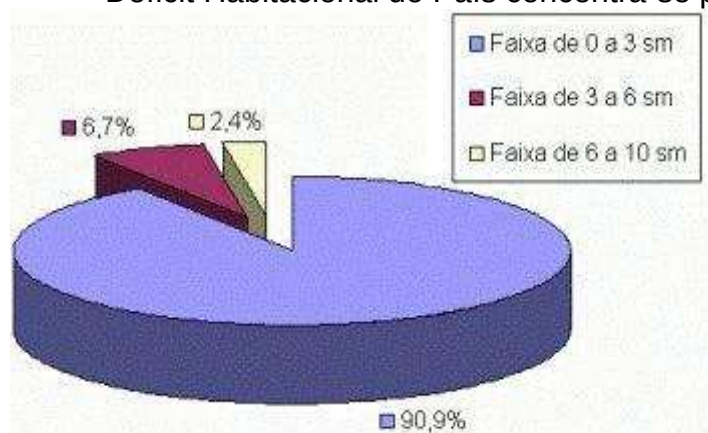
Segundo dados do IBGE-PNAD 2007, para as famílias que recebem de 0 a 3 salários mínimos mensais, o programa irá construir 400 mil moradias para famílias com esse perfil com as seguintes facilidades: prestação mensal do financiamento é de apenas 10% da sua renda familiar; parcelas mensais de no mínimo R\$ 50,00; a primeira parcela será quando o imóvel estiver pronto e até 10 anos para pagar. Para as famílias que recebem de 3 a 10 salários mínimos, o programa irá construir 600 mil casas, com as seguintes facilidades: financiamento até 100% do imóvel; pagamento em até 30 anos para pagar; escolha de pagamento como entrada ou não; taxa de juros reduzidos; uso o FGTS e, caso a pessoa perca o emprego, a Caixa refinancia o saldo devedor até 36 parcelas.

Há ainda outros incentivos como barateamento do seguro; desonerações de custos cartoriais; desoneração fiscal: redução da alíquota do Regime Especial de Tributação da Construção Civil (RET) de 7% para 1%, substituindo a incidência de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL; distribuição dos recursos de acordo com o déficit habitacional; regionalização do custo dos imóveis e contrapartida dos entes federativos.

Além disso, o Programa Habitacional tem um papel estratégico na regularização fundiária urbana, fundamental para complementar o acesso à moradia.

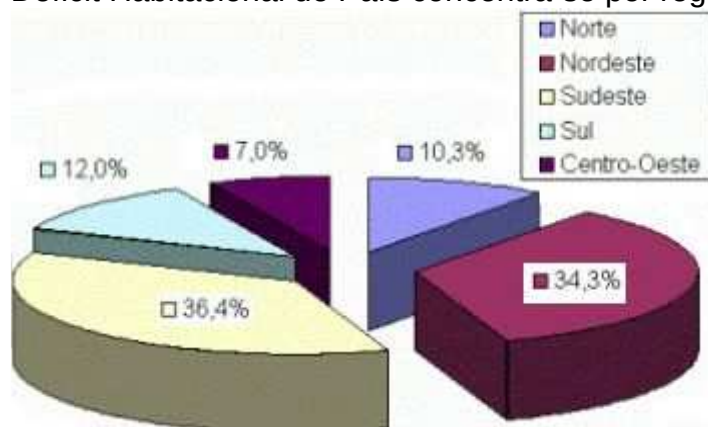
Déficit Habitacional – 7,2 milhões de Moradias¹³⁵

Déficit Habitacional do País concentra-se por renda:



¹³⁵ Déficit habitacional do País concentra-se por tamanho de cidade: Regiões metropolitanas – 28,5%. Fonte: IBGE – PNAD 2007.

Déficit Habitacional do País concentra-se por região:



O Programa Minha Casa, Minha Vida cumpre parte do papel das políticas públicas como forma de acesso e inclusão social às famílias carentes de moradia. No entanto, ainda deixa de lado muitas pessoas que sequer conseguem se inscrever no referido programa, uma vez que não preenchem os requisitos necessários, sobretudo pela ausência de emprego e renda fixa.

Para viabilizar o atendimento da população que não tem condições de arcar com os financiamentos, há de se propor alternativas que possibilitem o acesso gradativo à moradia (tais como lotes urbanizados e materiais de construção) por meio de instrumentos que não impliquem, necessariamente, na aquisição da propriedade como a concessão do direito real de uso e a concessão especial para fins de moradia.

E é para essa grande massa de excluídos que se mostra relevante o papel do operador do direito que deverá trabalhar na busca da garantia do direito fundamental à moradia.

Capítulo 3

O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

3.1 A POLÍTICA JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO JUSTO, ÚTIL E LEGÍTIMO

A Política Jurídica é a meta a ser atingida que corresponde a um momento culminante de formalização de valorizações jurídicas; sob o prisma do jurista, é o ponto de partida para o trabalho dogmático de elaboração e sistematização de juízos normativos em consonância com a totalidade do ordenamento vigente.¹³⁶

A Política Jurídica, com base nos ensinamentos de Alf Ross, auxilia o alcance do objetivo do Direito, aprimorando a idéia de justiça.¹³⁷

Osvaldo Ferreira de Melo, autor da basilar obra *Fundamentos da Política Jurídica*, ensina que o objetivo da Política Jurídica deve ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões:

[...] Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Dever ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo de prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?¹³⁸

¹³⁶ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins, 1984, p. 380.

¹³⁷ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires. Rivadavia, 1963, p. 117.

¹³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994, p. 38.

O autor ensina que, no campo da praxis, a Política Jurídica se interessa pela norma desde a sua forma embrionária no útero social, sendo que os valores, fundamentos e consequências sociais são suas principais preocupações. Dentro dessa dimensão prática e imediata, importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito.¹³⁹

No entanto, para conseguir a norma adequada a objetivos tão abrangentes e de ricas matizes humanistas, e ainda atender a estimulantes utopias que conduzam à busca de um futuro sem alienações, violências e preconceitos, em que predominem a ética e a justiça, a tarefa passa por várias etapas, ou movimentos sequenciais de positivação, a que Osvaldo Ferreira de Melo denomina de *momentos jurídico-políticos na produção da norma*.¹⁴⁰

Para o autor, deve-se distinguir quatro momentos característicos:

O primeiro deles significa a fase pré-normativa em que se ressalta uma investigação nas manifestações da consciência jurídica, como tentativa de detectar a ocorrência da adesão ou de repulsa social como referência a fatos e, se for o caso, às normas correspondentes. Também se verificará a existência ou não de representações jurídicas que possam orientar o Político do Direito. O segundo momento é o das convicções que se formam na mente do Político Jurídico, a partir das constatações havidas na fase anterior e devidamente testadas com a realidade, a racionalidade e os fundamentos éticos. O terceiro momento é o das proposições, o que acontece quando as convicções impulsionam o Político Jurídico à praxis. Interligado ao anterior, o quarto

¹³⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor / CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 19-20.

¹⁴⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 20.

momento é o da cuidadosa arquitetura das normas propostas, para que a idéia, o conteúdo, a essência, não sejam prejudicados pela forma imperfeita.¹⁴¹

Destaca o autor, ainda, que, no plano empírico, a experiência jurídica revela que o direito positivo, se por um lado depende de critérios de conveniência e de oportunidade, por outro lado depende de uma conformação com exigências axiológicas, na perspectiva de algo melhor. Por isso cabe sempre discutir se a norma – mesmo com todas as características formais que garantem sua vigência, vier a produzir situações injustas – pode ser considerada plenamente válida.¹⁴²

É nesse ponto que a ação do político do direito se torna complexa e delicada, porquanto a ele incumbe fazer considerações práticas quando estiverem em jogo questões de segurança jurídica e de justiça política, buscando resolver questões desse tipo com atilado senso teórico e prático, na busca do equilíbrio possível para o dissenso e o conflito.¹⁴³

Maria da Graça dos Santos Dias arremata ao ensinar que incumbe aos filósofos e teóricos do Direito refletir sobre a dramaticidade de nossos tempos e perceber as formas nascentes de socialidade; pois estas são as fontes de inspiração para a revisão constante do Direito posto e referência fundamental para a proposição de novos direitos. O escopo da revisão do Direito consiste em levá-lo a adequar-se às demandas concretas e sempre renovadas de Justiça colocadas pela Sociedade. O caráter de justiça do Direito desvela sua eticidade e seu modo de nascimento societal expressa seu caráter

¹⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 20.

¹⁴² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 21.

¹⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 21.

democrático.¹⁴⁴

Cabe à Política do Direito, portanto examinar a justiça como um valor que a consciência jurídica social atribuiu à norma posta (ou à norma proposta), na direção do entendimento e do sentimento de que um valor designa o grau de aptidão de um objeto com vistas a satisfazer necessidades e interesses eticamente legítimos.¹⁴⁵

Osvaldo Ferreira de Melo revelou cinco concepções de justiça que, em termos gerais, assim as resumiu:

A norma será considerada injusta por manifestação da consciência jurídica social, sempre que ocorram, isolada ou concomitantemente, as seguintes circunstâncias: a) impedimento às aspirações de compartilhamento e co-participação que são decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade; b) inadequação na desejada simetria entre reivindicações sociais e respostas normativas de *lex ferenda* ou de *sententia ferenda*; c) dessintonia entre a verdade (conhecimento empírico da realidade) e os mandamentos ou impedimentos ocasionados por disposições normativas; d) conflito entre norma jurídica e norma moral, o que provoca forte sentimento de ilegitimidade ética; e) flagrante inutilidade de disposições legais que venha gerar perturbações em práticas sociais consagradas.¹⁴⁶

O autor também argumenta que o Estado comete um grande equívoco quando se omite com o alcance da justiça na aplicação de uma norma, sobre o pressuposto de que o fim a ser por ele alcançado é apenas o da segurança jurídico ou paz social, como se esta pudesse ser alcançada fora de um

¹⁴⁴ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A utopia do direito justo**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Maria_dos_Santos_Dias.pdf>. Acesso em: 2 jun 2010.

¹⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 35.

¹⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 36.

ambiente em que predomine o sentimento do justo e do útil.¹⁴⁷

Explica ainda o estudioso que:

O caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada jurídica e melhor será que não faça parte do sistema normativo. Da mesma forma o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar esses valores no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa a posição inarredável da Política do Direito.¹⁴⁸

Diante disso, na lição deste Filósofo do Direito¹⁴⁹, não se pode admitir que a exigibilidade que surge do direito subjetivo ferido por não cumprimento de norma válida, possa sofrer restrições, bloqueios e frustrações, não importa em nome do que isso ocorra. Esse tipo de problema, quando detectado, deveria ser, pelo político do direito, devidamente identificado quanto à sua natureza e causa, analisado e corrigido, pois cabe à Política Jurídica “a problematização dos valores jurídicos que deles trata, no plano empírico e imediato”.¹⁵⁰

Segundo Alf Ross, o Direito tem seu objetivo em si mesmo: aperfeiçoar a idéia de justiça a ele inerente, a Política Jurídica é a doutrina que ensina como alcançar esse objetivo, pois ela abarca todos os problemas práticos que origina o uso – para o alcance de objetivos sociais – da técnica do Direito, em

¹⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 43.

¹⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 44.

¹⁴⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 44.

¹⁵⁰ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1968, p. 58-59.

especial da legislação.¹⁵¹

Em relação aos estudos das possibilidades da Política Jurídica, ou seja, na sua função mediadora de intercomunicar Política e Direitos, como espaços suscetíveis de permanentes e desejáveis influências recíprocas, Osvaldo Ferreira de Melo sintetiza que a Política Jurídica atua em três dimensões, a saber: a epistemologia, a ideológica e a operacional.

No tocante à primeira, o autor destaca que seu papel é crítico e desmitificador e isso porque não só se opõe ao mito do poder das significações jurídicas, como também porque levanta dúvidas quanto às certezas apontadas pela pretensa racionalidade do positivismo jurídico. Argumenta o autor que, “em vez de compromissos tão só com o método, prefere a inserção do Direito na História, portanto na vida social, com todos seus imprevistos.”¹⁵² Aliás, nesse sentido, cita a lição waratiana:

Agora a tarefa que se impõe ao investigador do Direito é a de construir uma nova prática objetiva que, desmascarando a auréola de abstração das teorias dominantes, mostra sua história efetiva como fundamento de sua existência e possibilidade.¹⁵³

Essa posição epistemológica da Política Jurídica, segundo Melo, tem enormes implicações, pois, admitindo uma racionalidade fora do positivismo, e trabalhando com abordagens interdisciplinares, e fundada na consciência jurídica social, isto é, nas reivindicações dos movimentos e práticas sociais, atinge-se seus fundamentos axiológicos. Em decorrência, os valores da justiça e utilidade passam a fundamentar-se nos conteúdos éticos buscados no mundo da cultura e não na nebulosa metafísica do chamado Direito Natural. Para o autor, a Política Jurídica “trabalha, assim, com novos critérios de racionalidade

¹⁵¹ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 1963, p. 317-318.

¹⁵² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 70.

¹⁵³ WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral do direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 20.

na identificação do justo e do útil.”¹⁵⁴

Em relação à dimensão ideológica da Política Jurídica, destaca Osvaldo Ferreira de Melo, por um lado, a recuperação do conceito de ideologia como sistema aberto, com finalidade de orientar comportamentos e seleção de alternativas; por outro lado trabalha com o conceito de utopia como a ideologia que desconstrói paradigmas colocados em ambientes fechados e os reconstrói, adiante, como devir desejado. É utopia enquanto força transformadora de criatividade na busca do melhor possível.¹⁵⁵ Para o referido autor:

Nessa dimensão, a Política Jurídica trabalha com predições de novas realidades desejadas e possíveis e não com previsão de certezas. Por isso é sistema aberto, por isso é ideologia que se realiza na ação; por isso, enfim, é Política.¹⁵⁶

Importante destacar que, dentro dessa dimensão que, *lato sensu*, o autor chama de ideológica, é que se dá a possibilidade de convivência entre Política e Ética, a fim de que os meios e as estratégias da primeira sejam iluminadas pela segunda. Significa, para Melo, que legitimar quaisquer estratégias porque alcançados os fins, não será portanto o caminho reto para justificação do Poder. Esse caminho somente poderá ser apontado pela ética da responsabilidade, a qual nos levará ao lugar da tolerância, do pluralismo e do respeito ao outro, ou seja, o lugar da estética da convivência de que nos fala Platão.¹⁵⁷

A terceira dimensão apontada por Osvaldo Ferreira de Melo trata-se do agir, que nada mais é do que “a operação do fazer, a realização de

¹⁵⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 70.

¹⁵⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 71.

¹⁵⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 71.

¹⁵⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 71.

uma idéia, de um querer.”¹⁵⁸

Argumenta o estudioso que os fins da Política Jurídica visarão à desconstrução de paradigmas que negam ou impedem a criatividade, entendida esta como um agir permanente de mediação entre os núcleos de poder e a Sociedade, criando-se espaço para um ambiente de novas possibilidades que serão as exigidas pelos projetos de solidariedade e cidadania.¹⁵⁹

E complementa:

Com referência, especificamente, às tarefas de produção do Direito Positivo, ou seja da Política Jurídica como uma atividade legislativa, haverá uma complexa gama de expectativas. A tarefa de propor correções na legislação vigente ou de descobrir as regras de convivência exigidas pelos chamados novos direitos, não se alcançará pela realimentação dos sistemas jurídicos nas fontes tradicionais com que se reproduz o sistema virtual da Dogmática. O Direito a ser produzido com vistas à legalidade do futuro terá que, por um lado, buscar renovar-se nas legítimas fontes das utopias sociais e, por outro lado, estabelecer limites claros aos projetos do Estado tecnocrático que desdenha a ética dos meios, em função de fins que prioriza, para o fortalecimento da burocracia, da tecnocracia e da centralização.¹⁶⁰

Arremata o autor dizendo que “A atividade criativa da Política Jurídica será o sopro vivificador que deve bafejar os sistemas dogmáticos.”¹⁶¹

Entretanto, necessário se faz resgatar o sentido da

¹⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 72.

¹⁵⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 71.

¹⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 72.

¹⁶¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 72.

dogmática jurídica quando se vivencia o Estado democrático de direito, pois ela (a dogmática) deve constituir-se em um instrumento de consolidação da democracia, em referente de definição das possibilidades e limites da liberdade, em fundamento de uma relação social mais ética, porque justa.¹⁶²

Miguel Reale afirma que a concepção histórico-cultural do Direito deve influir nos quadrantes da dogmática jurídica, “tornando-se menos acabrunhada a distância entre a abstração das leis e os anseios concretos de justiça.”¹⁶³

Destaca Reale a importância do Direito responder às necessidades existenciais da Sociedade e aos anseios concretos de justiça manifestados por ela.

Para Luís Alberto Warat, a dogmática com seu discurso persuasivo e retórico reconhece apresentar problemas axiológicos como problemas semânticos e assim cumprir a importante função de reformular o Direito Positivo sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando esta tarefa.¹⁶⁴

O pensamento dogmático não se dirige apenas, como geralmente se imagina, à sistematização do Direito posto, mas também como uma estratégia de persuasão, apresenta regras e proposições que visam orientar, com alto grau de certeza, as decisões dos tribunais. Isso porque, o papel fundamental da dogmática é o de prover a segurança jurídica, pilar central do Estado de Direito.

Portanto, pode-se concluir que à Política Jurídica cabe

¹⁶² DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A utopia do direito justo**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Maria_dos_Santos_Dias.pdf>. Acesso em: 2 jun 2010.

¹⁶³ REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

¹⁶⁴ WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral do direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. 1995, p. 20.

buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo. Osvaldo Ferreira de Melo destaca que, o papel do político-jurídico será bastante específico, pois com apoio nos fundamentos axiológicos, irá trabalhar com as escolhas que conduzam ao conteúdo das normas desejáveis.¹⁶⁵

No caso da aplicação pelo juiz de princípios doutrinários que preencham lacunas na legislação, destaca Osvaldo Ferreira de Melo:

[...] deve-se estar atento ao fato de que assuntos que envolvem questões biomédicas são muito sensíveis a posições filosóficas conflitantes. Por isso é pressuposto inarredável da Política Jurídica exigir que toda norma, seja ela proveniente da ação legislativa ou do resultado da prestação jurisdicional, leve em conta, como fatores de validade material, sua conformação com critérios objetivos de justiça e de utilidade, principais fontes do necessário equilíbrio psicossocial.¹⁶⁶

Isso porque a Política Jurídica considera os dados da vida em Sociedade como matéria prima de suas considerações teóricas e práticas e não submete suas conclusões a um clima determinista. Tais conclusões, ou escolhas, terão de partir, sobretudo, da aplicação criteriosa de juízos de valor, visto que o Direito não é uma disciplina apenas explicativa mas principalmente uma disciplina normativa que tem por fim último a criação de uma Sociedade tão harmoniosa e justa quanto for possível.¹⁶⁷

¹⁶⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 80.

¹⁶⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 80.

¹⁶⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 82.

3.2 A AÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO OPERADOR DO DIREITO FACE À REALIDADE SOCIAL E O DIREITO À MORADIA

Os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra. Dirley da Cunha Júnior argumenta que, fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres.

Para o autor, os direitos sociais se manifestam, assim:

[...] como verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social, que é, na teoria de Rawls, a estrutura básica da Sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. E uma justa justiça social depende fundamentalmente de como se atribuem direitos e encargos e das oportunidades econômicas e sociais que existem nos vários setores da Sociedade. Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas.¹⁶⁸

Em resumo, os direitos sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa no sentido de que este coloque a sua disposição, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que lhe

¹⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 719.

permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Em relação aos direitos sociais e, no caso específico deste estudo, referente ao direito à moradia, conforme Ferrari, deve-se observar, no entanto, que, quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma que todos devem ter direito ao bem estar social correspondente à moradia, é preciso enxergar que tal direito não investe o seu titular em uma condição de exigibilidade plena, pois “seria impossível admitir [...] que a todo indivíduo que demonstrasse não possuir moradia caberia ação contra o Poder Público para recebê-la [...]”.¹⁶⁹

Isso porque, para a referida autora, a concretização dos direitos sociais no que se refere a prestações materiais encontra seu limite no princípio da reserva do possível, ou seja, à sua efetivação depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma.

O princípio da reserva do possível trata-se de um princípio decorrente da atividade financeira do Estado alusivo à impossibilidade de um magistrado, no exercício jurisdicional ou até mesmo o próprio Poder Público, de efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto, o que conseqüentemente resultaria despesa orçamentária oficial, ainda que inexistente a previsão do gasto.

Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente

¹⁶⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 239.

(problemas diretamente relacionados com a forma de positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário poderia conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa.¹⁷⁰

Para Dirley da Cunha Júnior:

[...] aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicação dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei” (*Massgaberggrundrechte*), lições às quais não aderimos por óbvio!¹⁷¹

No entanto, segundo Gustavo Rabay Guerra, a partir do instante em que a própria doutrina constitucionalista cogita um esvaziamento de plena eficácia dos direitos sociais ante tênue diferenciação face à categoria direitos fundamentais, debilita-se a possibilidade do controle judicial de implementação e execução de políticas públicas, nos limites estabelecidos pela própria Constituição.¹⁷²

Para o autor, o peso dos argumentos que levam a desprezar-se o necessário papel do Poder Judiciário na chancela de defesa dos direitos sociais conspurcados, é certamente questionável. Aliás, ressalta o autor que é a ausência de densa argumentação jurídica que conduz a essa obliteração

¹⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 721.

¹⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 721.

¹⁷² GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização**. Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

dos direitos sociais, em especial de direitos sociais como os relativos à saúde e à moradia, pela própria extensão de consequências que esses direitos subjetivos desencadeiam.¹⁷³

E complementa:

[...] O revés econômico pelo qual passa nosso País, à conta de sua débil condição de modernidade neoliberal tardia, arrefece as expectativas quanto à construção de um necessário aparato constitucional de excelência decisória e compromisso com o ideal democrático projetado nas linhas da Constituição. As adaptações sofridas pelo Texto de 1988 demonstram, tão só, como é fácil levar a débito a perenidade das convicções ilusórias de um Estado social municiado para a concreção dos direitos de cidadania. O problema central a ser perseguido na sondagem em prospecção motiva-se, em sendas críticas, na ausência de um eixo discursivo concentrado na realidade constitucional vivida: a doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais, a despeito da notável evolução conceitual desenvolvida, sobretudo, a partir do final da década de 60, com a obra de José Afonso da Silva¹⁷⁴, deixa-se esvanecer diante da insegurança interpretativa (ou da própria aplicabilidade da qual é ínsita) que ocasiona em lindes práticos. Ocorre, nessa seara, um processo curioso de transposição teórica de marcos estrangeiros, à vista da fácil captação e assimilação acrítica dos sopros alienígenas, que insistem em imiscuir-se no perscrutar da realidade sócio-legal brasileira, pelos próprios investigadores pátrios, sem o mínimo cuidado com o peculiar

¹⁷³ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização.** Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹⁷⁴ A doutrina aqui referida encontra-se em sua obra 'Aplicabilidade das Normas Constitucionais', originalmente publicada em 1968. Há outra edição, substancialmente revista dessa obra: José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

paradigma alçado pelo contexto brasileiro.¹⁷⁵

Argumenta o autor, outrossim, que é, na própria deblateração da eficácia jurídica das normas que amparam direitos sociais tal como o direito à moradia, entre tantos outros, que se vislumbra o problema do esvaziamento da argumentação jusfundamental, por meio de insípidos embates acadêmicos e sua justaposição ante à prática social de exclusão e desprezo aos comiserados. Segundo Gustavo Rabay Guerra, “É exatamente na busca por marcos lógicos mais apurados que se poderá insculpir um sistema de fundamentação e interpretação do contexto dos direitos de especial categoria”.¹⁷⁶

Nesse sentido e diante da inoperatividade do legislativo, o Poder Judiciário tem papel relevante, pois se apresenta como forma de dialógica democrática entre o cidadão e o Estado. No entanto, é preciso indagar, aliás, como bem ressaltou Gustavo Rabay Guerra, em que medida poderia o Judiciário determinar o atendimento da pretensão posta em face da ausência de mecanismos suficientes para o amparo habitacional sob a responsabilidade das autoridades representativas?

O autor destaca que, não se trata apenas de saber se um juiz pode ou não assegurar a entrega de uma unidade habitacional a um grupo de desabrigados em prováveis situações-limite da vida prática, mesmo em face da ausência de texto normativo específico ou de programa social já formulado pelo Executivo. A hipótese aqui sindicada, verte-se à necessidade de eleição de um padrão discursivo capaz de indicar parâmetros para aferir a legitimidade dos atores judiciais no controle das políticas públicas sociais, demonstrando que a criação/fiscalização de tais corresponde à noção de juridificação da política sem

¹⁷⁵ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização.** Texto extraído do **jus navegandi.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹⁷⁶ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização.** Texto extraído do **jus navegandi.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

que isso implique rompimento com a teoria democrática da maioria.¹⁷⁷

E para alcançar esse desiderato, o autor destaca que é necessário, sobretudo, romper com as teses subdesenvolvidas de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da “reserva do possível”,¹⁷⁸ esta última, segundo Andreas Krell¹⁷⁹, “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”.

Aliás, nesse aspecto, valiosas são as lições de Osvaldo Ferreira de Melo ao afirmar que o caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme aos valores de justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser considerada legítima e melhor será que não faça parte do ordenamento jurídico. Da mesma forma o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar esses valores no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa é a posição inarredável da Política do Direito.¹⁸⁰

Significa dizer, nos ensinamentos do ilustre autor, que não se pode admitir que a exigibilidade que surge do direito subjetivo ferido por não cumprimento de norma válida, possa sofrer restrições, bloqueios e frustrações, não importa em nome do que isso ocorra. Como já citado, esse tipo de problema, quando detectado, deveria ser, pelo político do direito, devidamente identificado quanto à sua natureza e causa, analisado e corrigido, pois cabe à Política Jurídica

¹⁷⁷ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização.** Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹⁷⁸ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização.** Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹⁷⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional Comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

¹⁸⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito.** 1998, p. 44.

a problemática dos valores jurídicos que deles trata, no plano empírico imediato.¹⁸¹

Assim, investigado o problema e definida a correlação entre os fatos e as atitudes de valoração, poder-se-á propor a correção dos rumos, tendo como balizamento os valores-fins do direito. Para Osvaldo Ferreira de Melo:

[...] Tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constantemente o nosso direito, especialmente o processual, que ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da Sociedade e direitos individuais, de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbricada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado. Se a confiança dos cidadãos no Direito, no legislador e nos atores judiciários encontrar razões para se firmar, o próprio valor segurança, tão caro ao Estado, estará garantido em bases racionais e legitimado ideologicamente pela adesão da Sociedade.¹⁸²

Este debate tem evoluído substancialmente: prova disso é que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu - quando do julgamento da ADPF n. 45-, a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, quando quedarem-se inertes os órgãos de direção política (do Legislativo e do Executivo), que deixam de cumprir os seus deveres constitucionais de implementação daqueles direitos. Com efeito, na ocasião, acentuou o ilustre Ministro Celso de Melo:

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das

¹⁸¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 44.

¹⁸² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 44-45.

funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo preside, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo. *Tal incumbência*, no entanto, *embora em bases excepcionais*, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, *se e quando* os órgãos estatais competentes, *por descumprirem* os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, *vierem a comprometer*, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais *e/ou* coletivos *impregnados* de estatura constitucional, *ainda* que derivados de cláusulas *revestidas* de conteúdo programático.

E complementa, mais a frente, o Ministro:

[...] *Não obstante* a formulação e a execução de políticas públicas *dependam* de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, *cumpre reconhecer que não se revela absoluta*, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, *nem* a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável *ou* procederem com a clara intenção de neutralizar, *comprometendo-a*, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, *afetando*, como decorrência causal de uma injustificável *inércia* estatal *ou* de um abusivo comportamento governamental, aquele *núcleo intangível* consubstanciador de um conjunto *irredutível* de condições mínimas *necessárias* a uma existência digna e *essenciais* à própria sobrevivência do indivíduo, *aí*, então, *justificar-se-á*, como *precedentemente* já enfatizado – e *até mesmo* por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a *possibilidade* de intervenção do Poder Judiciário, *em ordem* a

viabilizar a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido *injustamente* recusada pelo Estado.¹⁸³

Verifica-se, pois, que, nessa importante decisão, o Ministro Celso de Melo enfrentou o tema referente à “reserva do possível”, para considerar que o Estado não pode invocá-la com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹⁸⁴

E, nesse sentido, é inquestionável que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos sociais, de tal sorte que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento.

A propósito, no que tange especificamente ao problema da moradia no Brasil, vale consignar a sentença prolatada pelo Juiz Federal da 8ª Vara de Minas Gerais, Antonio Francisco Pereira, nos autos de ação de reintegração de posse ajuizada pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER em face de várias famílias que invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, Km. 405, lá construindo barracos de plástico preto, utilizados como suas “moradias”:

¹⁸³ Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 29-4-2004. Informativo do STF n. 345/2004. Permite-se transcrever a ementa do julgado: Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no proceso de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

¹⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 745.

[...] “Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os excluídos, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano.

Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio.

Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite ???). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante?

Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza.

Não seria pelo menos mais digno – e menos falaz – deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?

O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações”(fl. 16v).

Daí, esta brilhante solução: aplicar a lei.

Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando os invasores (arts. 920 e segts. do CPC), ela – COMO TODA LEI – tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou

qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem.

Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias).

Não, os “invasores” (positivamente entre aspas), definitivamente não são pessoas comuns, como não são, milhares de outras que “habitam” as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da Sociedade (hoje chamados excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio – o Estado – não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir – ou pelo menos esboçar – “uma Sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I), erradicando “a pobreza e a marginalização” (inciso III), promovendo “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegurando a todos uma existência digna, conforme os ditames da “Justiça Social” (art. 170), emprestando à propriedade sua “função social” (art. 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da Sociedade, “especial proteção” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir – diretamente ou pelo braço da Justiça – o reto cumprimento da lei.

Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que

pesa o direito. E as duas – lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos – hão de trabalhar em harmonia:

“A espada sem balança é força brutal; a balança sem espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se assim é – vou repetir o raciocínio – enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem “incomum”.

Mais do que deslealdade trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir – quando feita perante o Judiciário – ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora, decreto nos moldes dos arts. 267, I e VI; 295, I, e parágrafo único, inciso III, do CPC. Atento à recomendação do art. 5º da LICCB e olhos postos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia”.

Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar

novas “invasões”.

[...].”¹⁸⁵

Observa-se pelo exposto, a importância da atuação do Operador do Direito para garantia do direito fundamental à moradia, pois a ênfase da decisão judicial citada centrou-se no direito que toda pessoa tem a um mínimo existencial para uma vida com dignidade. Diante deste direito foi rebatido o princípio da reserva do possível.

3.3 POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DA CIDADE DE BLUMENAU – UM ESTUDO DE CASO

O Estado de Santa Catarina foi vítima de grande tragédia em novembro de 2008. Um dos Municípios mais atingidos foi o de Blumenau, consoante se verificará por meio da decisão adiante transcrita.

Neste momento, o objetivo desse trabalho é analisar as políticas públicas implementadas pelo Município de Blumenau com vistas a atenuar o mal sofrido pela população e resolver a questão da moradia em razão dos milhares de desabrigados vítimas da enchente e dos deslizamentos ocorridos no final de 2008.

Na busca de tais respostas, o Município de Blumenau, por meio da Secretaria Municipal de Regularização Fundiária e Habitação, forneceu alguns dados, dentre os quais merece destacar que, a Prefeitura tem o objetivo de buscar recursos junto ao Programa Minha Casa, da Caixa Econômica Federal, e outros Programas, para a construção de aproximadamente 5 mil moradias, das

¹⁸⁵ Processo n. 95.0003154-0. Ação de reintegração de posse. Juízo Federal da Oitava Vara de Minas Gerais.

quais cerca de 2 mil tiveram suas construções iniciadas em 2009 e, o restante, com expectativa de início durante 2010.

Todas as famílias que preencheram o Cadastro Único do Cidadão Atingido (CUCA) já estão pré-cadastradas para encaminhamento aos Programas Habitacionais, mas deverão prestar informações complementares à Prefeitura, tais como comprovar que residiam em Blumenau à época da tragédia e que, efetivamente, tiveram suas casas destruídas.

Destaca-se que tal programa adotou dois tipos de inscrição. Para famílias com renda de até 3 salários mínimos, a inscrição é feita pela Prefeitura Municipal de Blumenau, através do Cadastro Único do Cidadão Atingido (CUCA). Já para famílias com renda entre 4 e 10 salários, a inscrição foi feita pela Caixa Econômica Federal. Toda inscrição deve passar pelos critérios da Caixa Econômica Federal que aprova ou rejeita o cadastro.

De acordo com o padrão do programa Minha Casa, Minha Vida, os apartamentos terão dois dormitórios, sala, cozinha, banheiro e área de serviço. Além disso, todos os prédios devem ter salão de festas e área para estacionamento de veículos para os moradores.

Para famílias com renda de até 3 salários mínimos, foram avaliados quesitos como renda, ser proprietário do imóvel atingido, tempo de residência na cidade, ser portador de necessidades especiais ou idoso, ter como chefe de família uma mulher, entre outros. Para dar transparência ao processo, uma Comissão foi criada para acompanhar a seleção das famílias, formada por um cidadão atingido, um membro do Instituto de Arquitetos do Brasil, um membro da Associação Empresarial de Blumenau – ACIB, um advogado da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Blumenau, um membro da Defesa Civil, um representante da Secretaria de Regularização Fundiária e Habitação, um membro da Secretaria de Assistência Social, da Criança e do Adolescente e um membro da Procuradoria Geral do Município.

Em dezembro de 2008 a Prefeitura determinou estudo para identificar áreas adequadas para construção das novas moradias. Posteriormente,

em janeiro de 2009, foram identificadas cerca de 30 áreas possíveis, destas, 10 foram selecionadas como mais apropriadas.

Em abril de 2009 o Governo do Estado de Santa Catarina liberou R\$ 8,2 milhões – dinheiro de doações – para a Prefeitura pagar os terrenos. Em outubro de 2009 foi iniciada a construção de mais de 1.028 moradias definitivas, por meio do Programa Minha Casa, Minha Vida.

Em março de 2010, 1909 apartamentos já estavam em obras ou com a ordem de serviço assinada. Outras 447 unidades estavam sendo construídas e 8 casas já foram entregues em dezembro de 2009.

A previsão é de que, em junho de 2010, comecem a ser entregues os primeiros apartamentos. O condomínio da rua Botuverá, no bairro Itoupavazinha, deverá ser o primeiro a ficar pronto, beneficiando 96 famílias. Este deverá ser seguido pelos condomínios da rua Heinrich Hemmer, no bairro Badenfurt, que beneficiará 160 famílias, e da rua Mathias Bornhofen, no bairro Passo Manso, com 580 unidades.

Os apartamentos destinados aos atingidos pela tragédia de novembro de 2008 devem suprir a demanda das famílias que estão em complexos de moradias provisórias e ainda beneficiar desalojados que estão na casa de amigos, parentes ou dependendo de aluguel.

Esta realidade demonstra que a implementação da Política Habitacional exige um conjunto de condições materiais, sociais e políticas, sem as quais não se garante o respeito à dignidade de cada pessoa, nem à dignidade social e política de toda a Sociedade. Lembra-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser obtida para poucos ou para alguns.

Como bem salientou Luiz Claudio Romanelli, a fome de um homem indigna a todos. A dor de uma pessoa adoece a Sociedade. A dignidade é

de um povo ou é de ninguém. Não há classes ou categorias sociais dignas numa Sociedade em que a indignidade de outras prevaleça. Essa é a realidade que se pretende ver transformada.¹⁸⁶

Na mesma linha de raciocínio, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina por ocasião da análise de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto pelo Movimento dos Atingidos pelo Desastre ocorrido em novembro de 2008 no Município de Blumenau em face deste último, cuja decisão também merece ser destacada, pois serve de referência para o estudo realizado:

[...] Não estamos diante de um caso comum, mas de fatos ocasionados pela triste tragédia que se abateu sobre o Estado de Santa Catarina no final do mês de novembro de 2008. É noticiado com frequência nos meios de comunicação que, apesar dos vultosos recursos angariados – seja pelos Governo Federal e Estadual, ou oriundos de doações de pessoas físicas ou jurídicas – a reconstrução das residências para os desalojados não chegou a bom termo, mesmo após mais de quatro meses da tragédia.

O que percebemos é que os demandados buscam resolver por si, onde a inércia do autor não lhes beneficia, devido à inoperância absoluta, que os alijou em lugar qualquer, os depositou, apenas. E não é difícil entrever os malefícios da aglomeração em único lugar de pessoas integrantes de grupamentos familiares díspares em suas raízes, valores e crenças.

Retirar estas famílias neste momento, para restituí-las ao desolador quadro de que fogem, provocará maiores problema, tanto aos envolvidos diretamente, quanto ao restante da população e à Administração Pública, sob cuja responsabilidade, é bom lembrar, tudo isto está se dando.

¹⁸⁶ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2008, p. 162.

A questão debatida nos autos é bem mais complexa do que sugerem os fundamentos da decisão *a quo*, pois há que se considerar os fatos humanos e sociais em jogo, que envolvem a complexa questão do desalojamento de famílias pela recente enchente, e os esforços do ente público para restituir-lhes à dignidade, como o país e o próprio universo esperam que se dê, certo que estes já remeteram inclusive recursos e aguardam ação dirigida e sóbria, não agressividade ao agravado.

O tema a combater não é apenas jurídico, mas, sobretudo, de contornos políticos, sociais, morais, éticos e econômicos. Seria simplismo imaginar que a pendência ora iniciada estaria resolvida com a desocupação. Muito ao contrário, pode-se antever com facilidade que, uma vez implementada a medida, o problema de moradia destas pessoas deverá ser solucionado pelo próprio Poder Público, que é igualmente responsável por criar condição para que os munícipes obtenham suas residências, uma vez que o tema proposto, antes de outra consideração, envolve desvalidos.

A moradia digna é um direito constitucional de toda população, e cabe ao Poder Público a responsabilidade de criar condições para que as pessoas dele usufruam tendo em vista sua re-inserção na categoria dos direitos sociais.

Assim, a falta de moradia, ou a moradia insalubre, constitui afronta aos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana (art. 1º), de convivência justa, da solidariedade, da justiça social, da não discriminação (art. 3º), do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 4º), assim como àqueles dispostos no artigo 5º.

A ilegalidade de que se revestem os agravantes, não é uma ilegalidade egoística, agressiva ao ordenamento jurídico, mas uma ilegalidade especial, provocada pela necessidade de habitar, isto é, pelo exercício necessário deste direito, em autêntico desforço imediato ou estado necessário de habitar, ainda que em uma área

invadida.

O agravado, evidentemente, conhece a realidade local, as deficiências de suas regiões, sobretudo após o desastre do mês de novembro, por isso mesmo deveria promover negociações públicas com a população atingida e não pretender a desocupação.

Motivo de angústia social – nem só da população demandada, mas de todos os brasileiros, que se interessam em saber que os dinheiros estão ao dispor do agravado, enquanto que o problema remanesce irresolvido e dorido com os agravantes – a informalidade há muito tempo passou a ser a regra da produção dos espaços urbanos, por isto deve ser contornada através de instrumentos e diretrizes previstos no Estatuto da Cidade, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal (Capítulo da Política Urbana).

Entre os benefícios trazidos pelas normas do Estatuto, encontra-se justamente a proteção à moradia através de promoção de políticas públicas que visam a regulamentação do uso e acesso à propriedade urbana de modo que atenda sua função social.

Trata-se de lei de âmbito nacional, natureza jurídica pública, dotada de mecanismos hábeis a superar eventuais óbices de caráter econômicos, através de políticas públicas de uso e aproveitamento do solo que prevêm a submissão dos interesses individuais dos proprietários aos interesses sociais de toda a coletividade.

Destaca Mattos, acerca da natureza das normas que compõem o Estatuto que, por serem de natureza pública e de interesse social, são normas cogentes, logo,

[...] devem se impor aos interesses privados, sendo de obrigatório acatamento e cumprimento por seus destinatários que, no caso, são todos os indivíduos, as esferas governamentais – União, estados e municípios e seus respectivos poderes, nos quais se

inclui o judiciário que não mais pode omitir-se na aplicação da legislação urbanística. (MATTOS, Liana Portilho. Estatuto da cidade comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 81).

Por fim, em que pese a importância da questão ambiental e patrimonial, não se pode perder de vista a relevância dos direitos sociais constitucionais, entre eles a moradia, não sendo possível relegar a sobrevivência a um segundo plano, perpetuando-se no tempo a insegurança dos desalojados.

Arnaldo Rizzardo lembra com primazia a responsabilidade do poder público sobre o assunto:

“A concessão de áreas com o objetivo de servirem à construção de moradias a pessoas sem poder aquisitivo constitui encargo do Poder Público, que dispõe, para tanto, do instituto da desapropriação. [...] O ônus da entrega de terras para a população desprovida de recursos erguerem suas habitações não deve ser suportado por particulares, e sim pelo Estado, para o qual todos contribuem com impostos, objetivando a realização do bem comum. Toda a comunidade deve assumir tal incumbência. (*Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 111).

Não se pode ter no uso da força pública solução para uma questão tão complexa, e que, hoje, constitui um dos grandes desafios do Governo catarinense.

Por outro lado, tão logo o poder público promova a disponibilidade de residências aos invasores, estes devem desocupar o local.

[...].¹⁸⁷

Enfim, por tudo o que foi analisado, conclui-se, que o Estado

¹⁸⁷ Agravo de instrumento n. 2009.012296-3, de Blumenau, da lavra do Desembargador Substituto Domingos Paludo.

tem o dever de servir à coletividade e prover a pessoa humana de condições materiais mínimas de existência. Nesse particular, vale destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alçou o homem à condição de fim, e o Estado de meio necessário a garantir a felicidade humana e o bem-estar de todos. Por conta disso, o artigo 3º do texto constitucional fixou como objetivo fundamental do Estado, entre outros, construir uma Sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, elegendo os direitos fundamentais – a partir da perspectiva de que a dignidade da pessoa humana é o fundamento central da organização estatal – como o centro do sistema político e jurídico e o alvo prioritário dos gastos públicos e previsões orçamentárias. Nesse sentido, como bem ressalta Dirley da Cunha Júnior, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da Sociedade.¹⁸⁸

¹⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2010, p. 747.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo realizado, buscando atender-se ao objetivo desta dissertação, procurou-se demonstrar que o Estado brasileiro se fundamenta no respeito à dignidade da pessoa humana e tem por objetivo a construção de uma Sociedade livre, justa, solidária, com a promoção do bem-estar de todos por meio da redução das desigualdades e da erradicação da pobreza e da marginalização.

A elaboração das políticas públicas compete aos administradores, mas esse mérito pode ser sindicado pelo judiciário. Deve ser sindicado por ações coletivas que viabilizem o acesso de todos aos Direitos Fundamentais, sob pena de criação de odiosos privilégios em favor dos mais esclarecidos ou afortunados que buscam o acesso à justiça para “furar a fila” dos mais humildes que sequer têm consciência de seus direitos frente ao Estado.

No tocante às políticas públicas e ao direito à moradia, pode-se concluir que todas as medidas que foram e estão sendo tomadas pelo Estado brasileiro buscam enfrentar um dos seus maiores problemas sociais - o déficit habitacional - que hoje está estimado em 6,6 milhões de moradias. Além desse déficit nominal, estima-se a existência de 12 milhões de moradias impróprias ou precárias. Este quadro é agravado pela inexistência de recursos públicos que assegurem o acesso à moradia da população de baixa renda, pois 92% do déficit habitacional é composto de famílias com renda de até 5 salários mínimos. Estima-se, ainda, que 28% do total dos domicílios estejam inadequados, ou seja, sem ao menos usufruir um dos serviços essenciais. Deste montante, 39,1% localizam-se no Nordeste. Este quadro indica a necessidade imediata da implantação de políticas habitacionais, alicerçadas nos instrumentos do Estatuto da Cidade, para a construção de novas unidades, para repor o estoque degradado e precário de habitações, melhoria das condições de infraestrutura e a

implantação de programas de regularização fundiária.¹⁸⁹

As políticas públicas implantadas pelo Poder Público, no entanto, ainda se mostram insuficientes frente à deficitária realidade social que vivencia a esmagadora classe de excluídos.

Diante da inoperatividade do Poder Público é que o Poder Judiciário tem papel relevante, pois se apresenta como forma de “diálogica democrática” entre o cidadão e o Estado.

Não se trata apenas de saber se um juiz pode ou não assegurar a entrega de uma unidade habitacional a um grupo de desabrigados em prováveis situações-limite da vida prática, mesmo em face da ausência de texto normativo específico ou de programa social já formulado pelo Executivo. A hipótese sindicada verte-se à necessidade de eleição de um padrão discursivo capaz de indicar parâmetros para aferir a legitimidade dos atores judiciais no controle das políticas públicas sociais, demonstrando que a criação/fiscalização de tais corresponde à noção de juridificação da política sem que isso implique rompimento com a teoria democrática da separação dos Poderes.¹⁹⁰

E para alcançar esse desiderato, é necessário, sobretudo, romper com as teses subdesenvolvidas de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da “reserva do possível”, esta última, segundo Andreas Krell¹⁹¹, “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”.

Aliás, nesse aspecto, valiosas são as lições de Osvaldo

¹⁸⁹ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

¹⁹⁰ GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização**. Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹⁹¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

Ferreira de Melo ao afirmar que o caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme aos valores de justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser considerada legítima e melhor será que não faça parte do ordenamento jurídico. Da mesma forma o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar esses valores no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal.¹⁹²

Assim, neste momento, apresentam-se os Problemas de Pesquisa levantados na Introdução desta Dissertação e suas respectivas Hipóteses, além de mencionar se estas restaram confirmadas ou refutadas:

Problema a) A crise do Estado e do Direito, se reflete na vida social, agravando o problema da concreção dos direitos sociais mínimos para os cidadãos. Diante disto, como cumprir as metas das Políticas Públicas, em especial ao déficit nas condições de moradia no Brasil?

Como resposta prévia ao presente problema foi apresentada a seguinte hipótese: através de implementação de Políticas Públicas poderia constituir-se uma Sociedade mais justa, livre e solidária.

Assim, com base no estudo efetuado, a presente Hipótese foi confirmada, pois a democracia não se estabelece sem que existam condições de efetiva participação do cidadão na vida social, cultural, política e econômica. Isso porque, sem o acesso a um mínimo de dignidade, sem acesso às chamadas pré-condições como: educação, saúde, moradia, renda digna, não há como se falar em Democracia.

¹⁹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1998, p. 44.

Problema b) As Políticas Públicas de moradia para a população de baixa renda favoreceria o processo de integração social, eliminando ou reduzindo a exclusão social?

Em resposta a este problema se apresentou a seguinte hipótese: a ausência de comprometimento do Poder Público pode ser compreendido como uma negação de direitos, ferindo, assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e agravando a situação de exclusão social.

Desta forma, baseando-se no estudo efetuado, esta hipótese restou confirmada, uma vez que, com base em uma interpretação sistemática do direito à moradia, reconhecido como inerente ao homem, é direito a ser garantido pelo Estado, conforme o assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa formalização do direito à moradia se deu face ao contexto do imenso crescimento das cidades, por conta da industrialização e do desenvolvimento da tecnologia, os quais, atrelados à idéia de conforto, melhores condições de vida, oferta de emprego e possibilidade de aquisição de bens, principalmente da propriedade, passaram a criar nas pessoas a ilusão de que a vida nos grandes centros permitia a realização plena de seus sonhos. No entanto, o processo de industrialização gerou elevado desequilíbrio das condições e da expectativa de vida, resultando num rápido processo de urbanização, porém com consequências muito drásticas, dentre elas a falta de moradia e o surgimento de áreas de ocupação irregular.¹⁹³ O processo de urbanização das cidades foi tão intenso e rápido que o Estado não se deu conta das transformações ocorridas. A ocupação dos espaços ocorreu em contraposição aos serviços fornecidos pelo Estado, colocando em xeque sua capacidade de zelar pelo bem-estar da população.

Problema c) As Políticas Públicas implementadas no Brasil,

¹⁹³ ROMANELLI, Luis Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 72.

em especial no estudo de caso da cidade de Blumenau/SC estão garantindo a efetividade do direito fundamental à moradia, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Como resposta prévia a esta questão, apresentou-se a seguinte hipótese: a implementação de Políticas Públicas pode constituir-se em uma modalidade de garantismo constitucional. As políticas públicas devem garantir o direito fundamental à moradia.

Com base no estudo realizado, pode-se dizer que esta hipótese também restou confirmada, uma vez que sem a efetivação dos direitos sociais mínimos não há como se falar em dignidade humana, muito menos em Democracia. Porquanto, o Estado somente é democrático, quando pela constitucionalização e atuação respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando aos cidadãos condições de vida com qualidade.

Problema d) Qual a contribuição do Político do Direito para o atendimento da pretensão posta pela população hipossuficiente em face da ausência de mecanismos suficientes para a garantia do Direito à Moradia?

Como resposta a esse último questionamento, foi apresentada a seguinte hipótese: o papel fundamental que desempenha o Político do Direito frente à carência de Políticas Públicas situa-se no levantar a realidade social, na proposição de Políticas Habitacionais, na elaboração de normas jurídicas, na fiscalização do Executivo e Legislativo, no asseguramento do Direito Fundamental à Moradia.

Assim, fundamentado nesta pesquisa, a presente hipótese foi também confirmada, pois, conforme se verificou, o papel fundamental da Política Jurídica é de criar normas compatíveis com as necessidades e demandas da Sociedade para a eliminação de injustiças e com a efetiva participação da própria comunidade contribuir na construção de um Direito cada vez mais próximo da realidade da Sociedade, sempre em transformação. Logo, a Sociedade há que fazer pressões legítimas sobre os elaboradores e aplicadores das leis para que haja mudanças imediatas que respondendo ao sentimento de maior justiça e para

que haja credibilidade nos operadores do Direito.

Desta forma, pode-se dizer que o tema abordado é bastante vasto e complexo, desdobrando-se em uma gama de variáveis, as quais, por razão da necessária delimitação do tema, não puderam ser tratadas. Porém, de forma modesta, pretende o autor que esta pesquisa contribua na tomada de consciência da importância e do alto significado da atuação do Político do Direito na concreção dos Direitos Fundamentais, em especial do Direito à Moradia. Espera-se que haja continuidade ao estudo do tema, vez que não se poderia ter a intenção de esgotá-la neste trabalho.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução espanhola. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.508 de 23 de julho de 1942**. Dispõe sobre o financiamento e o conjunto habitacional.

_____. **Decreto-lei n. 9.777 de 6 de setembro de 1946**. Estabelece bases financeiras para a “Fundação da Casa Popular” e dá outras providências.

_____. **Lei n. 1.300 de 28 de dezembro de 1950**. Altera a lei do inquilinato.

_____. **Lei n. 4.380 de 21 de agosto de 1964**. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências

_____. **Lei n. 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.

_____. **Lei n. 10.098 de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: [www.http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14 de fev. 2009.

_____. **Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000**.

_____. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação hitórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A utopia do direito justo**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Maria_dos_Santos_Dias.pdf>. Acesso em: 2 jun 2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Momento Atual, 2003.

EDELMANN, Bernard. **La personae em danger**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

ESCOREL, Sara. **Conceitualizando e contextualizando a exclusão social**. In: Temas Codeplan 2. Políticas públicas: exclusão social. Brasília: CODEPLAN, 1998, p. 15-27.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley Del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andréa Grippi. Madrid, Trotta, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito de habitação. Dilemas de acionabilidade. Concretização**. Texto extraído do **jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8344>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

HOLZ e MONTEIRO, Sheila e Tatiana Villela de Andrade. **Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil**. Diez años de câmbios em el Mundo, em la Geografia y em lãs Ciências Sociales, 1999-2008. Actas del X Colóquio Internacional de Geocrítica, Universidade de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Acesso em: <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.thm>. Acesso em: 28 de abr. 2010.

INACIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo**. Curitiba: Juruá, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRETZ, Andrietta. Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KÖNH, Edgar. **Direito à propriedade**: potência e proteção. Boletim jurídico. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>, p. 5. Acesso em: 2 de set. 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994.

_____, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor / CMCJ-UNIVALI, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Processo n. 95.0003154-0. Ação de reintegração de posse. Juízo Federal da Oitava Vara de Minas Gerais.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

PAULO e ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PECES-BARBA, Martinez, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid, 1995.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales – Temas clave de la constitucion española**, colección por Pedro de Veja. 6. ed. Madrid, Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.

POCHMANN e AMORIN, **Atlas da exclusão social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins, 1984.

REIS, Elisa Pereira. **Processos e escolhas: estudos de sociologia política**. Rio: Contra capa, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes et. al. **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

ROMANELLI, Luiz Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires. Rivadavia, 1963.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Agravo de instrumento n. 2009.012296-3, de Blumenau, da lavra do Desembargador Substituto Domingos Paludo.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro**. Caderno de pesquisa ao CEBRAP – Centro brasileiro de análises e planejamento, n. 7, p. 65-80, maio 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHERER-WARREN, Ilse. In: **Política e Sociedade**. Revista de sociologia política. Florianópolis, n. 3, out. 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid, Alianza Universidade: Textos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e à habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos de personalidade**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TELLES, Vera da Silva. **Pobreza e cidadania**. São Paulo: USP, Curso de pós graduação em Sociologia: Ed. 34, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público**. Revista ciências sociais - edição especial, p. 229, dez de 1997.

TOURAINÉ, Alain. **Palavra e sangue**: política e Sociedade na América Latina. São Paulo: Ed. da Unicamp/Trajatória, 1989.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral do direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

ANEXOS